

# La garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico chileno

Felipe Ignacio Paredes Paredes.

---

TESI DOCTORAL UPF / ANY 2012

DIRECTOR DE LA TESI

Dr. Alejandro Saiz Arnaiz

DEPARTAMENT DE DRET



A mi abuelo



## **Agradecimientos**

Agradezco profundamente a mi director, el Dr. Alejandro Saiz Arnaiz por la confianza que ha depositado en mí y por su inestimable ayuda en el desarrollo de este trabajo. A mis compañeros del área de Derecho constitucional de la Universitat Pompeu Fabra que han hecho que durante mi estadía en Barcelona me sintiera en casa, en especial a mis amigos Maribel, Aida, Carina, Diane, Cristina, Joan, Julio y Hèctor. Sin duda, todos ellos han contribuido de manera importante a mi formación profesional, pero lo que es más importante aún, a mi crecimiento como persona.

Agradezco también el incondicional apoyo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, quienes han apoyado desde el primer momento mi proyecto de investigación.

Finalmente, quiero dar las gracias a mi familia. Muy especialmente a mi madre y a Natalia, que han estado incondicionalmente a mi lado durante todo este tiempo.



## **Resumen**

La tesis tiene por objetivo analizar los problemas y desafíos de la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales en Chile. Esta es una cuestión central en cualquier modelo de Estado Constitucional de Derecho, pero que además en el Derecho chileno posee una importancia adicional, pues Chile es un país que después de la dictadura de Augusto Pinochet ha buscado la manera de proteger de mejor forma los derechos fundamentales.

Esta no es una cuestión sencilla. Actualmente en el Derecho chileno, la tutela de los derechos fundamentales es un fenómeno complejo que involucra elementos que provienen del diseño original de la Constitución de 1980, otros que han sido el resultado de reformas legislativas parciales, y por último, arreglos institucionales creados en la reforma constitucional de 2005. En este contexto, el objetivo principal de esta tesis es aportar claridad al respecto y formular una propuesta en orden a avanzar en la construcción de un Estado de Derecho vigoroso en Chile.

## **Abstract**

The thesis aims to analyze the problems and challenges of the judicial protection of constitutional rights in Chile. This is a core issue in the state constitutional law, but in the Chilean law is of additional relevance: Chile is a country that, after the dictatorship of Augusto Pinochet, has sought to better protect fundamental rights.

This has not been easy. Currently under the Chilean law, the protection of constitutional rights is a complex phenomenon that involves elements from the original design of the 1980 Constitution, others that have been the result of partial legislative reforms, and finally, institutional arrangements created in constitutional reform in 2005. Thus, the main objective of this thesis is to provide clarity on the matter and formulate a proposal to move forward in building a strong rule of law in Chile.





# Índice

Resumen

vii

Abreviaturas usadas

11

## INTRODUCCIÓN

15

Sobre el objeto de este trabajo

15

Los derechos fundamentales en la realidad constitucional chilena

18

¿Han sido suficientes las reformas?

22

Los derechos y la democracia

24

## 1. CAPÍTULO PRIMERO: LA TUTELA JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO UN PROBLEMA COMPLEJO

29

1.1 Sobre el concepto de garantía de los derechos fundamentales

29

1.2 La garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales

34

1.3 Formas de articular la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales: las garantías subjetivas y objetivas

40

1.4 Los derechos fundamentales como derechos subjetivos: concepto y clasificaciones.

41

1.5	Los derechos fundamentales como derechos subjetivos: algunas cuestiones problemáticas	45
1.6	La garantía objetiva de los derechos fundamentales	48
1.7	La especificación constitucional y el contenido de los derechos	51
1.8	La ponderación como solución inadecuada al problema de la especificación constitucional	55
1.9	La discreción judicial y los derechos fundamentales	61
1.10	El subsistema de derechos fundamentales y la necesidad de desarrollo dogmático	68
2.	CAPÍTULO SEGUNDO: EL RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980	73
2.1	La declaración de derechos como expresión del orden político de la dictadura.	73
2.2	La Constitución de 1980 y los derechos fundamentales.	76
2.2.1	Constitución altamente ideológica.	79
2.2.2	Concepción autoritaria del proceso político.	81
2.2.3	Predominio de las libertades con contenido económico directo.	94
2.2.4	Declaración de derechos de inspiración iusnaturalista	98

2.3	Corolario: ¿es posible un relectura de la declaración de derechos?	103
-----	--	-----

### 3. CAPÍTULO TERCERO: LA TUTELA JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980

		109
3.1	Generalidades	109
3.2	Acción de reclamación por pérdida fe la nacionalidad.	111
3.2.1	Razones para el análisis	111
3.2.2	Regulación	112
3.2.3	Objeto	112
3.2.4	Causales de procedencia	113
3.2.5	Conocimiento y fallo	115
3.2.6	Valoración general	116
3.3	Acción de indemnización por error judicial.	117
3.3.1	Objeto y regulación	117
3.3.2	Cuestiones procesales relevantes	118
3.3.3	Valoración	120
3.4	La acción de habeas corpus o recurso de amparo	123

3.4.1	Nomenclatura.	123
3.4.2	Finalidad.	123
3.4.3	Antecedentes comparados.	124
3.4.4	El habeas corpus en el Derecho chileno.	125
3.4.5	Problemas del reconocimiento y regulación del habeas corpus en el Derecho chileno.	128
3.4.6	Valoración general	131
3.5	El recurso de protección como mecanismo de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales	132
3.5.1	Generalidades	132
3.5.2	Orígenes	133
3.5.3	Regulación constitucional	138
3.5.4	Procedimiento	141
3.5.4.1	Tribunal competente	142
3.5.4.2	Interposición de la demanda	143
3.5.4.3	Legitimación activa	143
3.5.4.4	Admisibilidad	144
3.5.4.5	Estructura del procedimiento	147

3.5.5	Naturaleza jurídica	148
3.5.6	Función dentro del sistema de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales	153
3.5.7	Problemas del recurso de protección como mecanismo de tutela general de los derechos fundamentales	165
3.5.7.1	Aleatoriedad de la jurisprudencia	169
3.5.7.2	Imposibilidad de generar dogmática jurídica	176
3.5.7.3	Escasa densidad constitucional	177
3.6	El recurso de amparo económico	183
3.6.1	Origen	183
3.6.2	Algunas cuestiones procesales	184
3.6.3	Legitimación activa	184
3.6.4	Interposición de la demanda	185
3.6.5	Tribunal competente	186
3.6.6	Estructura del procedimiento	186
3.6.7	Función dentro del sistema de garantías jurisdiccionales	187
3.7	A modo de conclusión: valoración general de los procedimientos que establece la Constitución para la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales.	190

- 3.7.1 Desformalización  
191
- 3.7.2 Discrecionalidad  
192
- 3.7.3 Escasa ortodoxia en las fuentes de regulación  
193
- 3.7.4 Desconfianza en los jueces de la instancia y predilección por los Tribunales Superiores de Justicia  
194
- 3.7.5 Tutela parcial y selectiva de derechos  
195

#### 4. CAPÍTULO CUARTO: EL DESARROLLO LEGISLATIVO DE LAS GARANTÍAS JURISDICIONALES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

- 199
- 4.1 La recuperación de la democracia en Chile y la protección de los derechos fundamentales  
199
- 4.2 La acción de habeas data  
200
- 4.2.1 Origen y finalidad  
200
- 4.2.2 Procedimiento  
203
- 4.3 El proceso penal como garantía de los derechos fundamentales  
204
- 4.3.1 La reforma procesal penal y el nuevo sistema de enjuiciamiento criminal  
204
- 4.3.2 Garantías en el procedimiento penal  
205
- 4.3.3 Impacto del proceso penal en la tutela de los derechos  
208

4.4	Las acciones de tutela en materia laboral	210
4.4.1	Excursus: el procedimiento de tutela jurisdiccional de la libertad sindical	211
4.4.2	El procedimiento de tutela laboral	213
4.4.2.1	Objeto	215
4.4.2.2	Ámbito de aplicación	218
4.4.2.3	Compatibilidad con el recurso de protección	219
4.4.2.4	Naturaleza jurídica	220
4.4.2.5	Procedimiento	221
4.4.2.6	Impacto de la tutela laboral	224
4.4.2.7	Comentarios finales relativos a la tutela laboral	229
4.5	La reforma a la jurisdicción tributaria	230
4.6	Algunas reflexiones relativas al desarrollo legislativo de las garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales	231

## 5. CAPÍTULO QUINTO: LAS GARANTÍAS OBJETIVAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

		235
5.1	Generalidades	235

5.2	La justicia constitucional en la historia del constitucionalismo chileno y la influencia de Derecho comparado	237
5.2.1	La supremacía constitucional durante la Constitución de 1833	237
5.2.2	La Constitución de 1925 y el recurso de inaplicabilidad	240
5.2.3	La creación del primer Tribunal Constitucional	246
5.2.4	La Constitución de 1980 y el sistema mixto de control de constitucionalidad	250
5.3	Los problemas de la jurisdicción constitucional en la Constitución de 1980	253
5.3.1	Diferentes jurisdicciones diferentes jurisprudencias	256
5.3.2	Control de constitucionalidad solo parcial	258
5.3.3	Desconexión con los procedimientos de tutela subjetiva de derechos fundamentales	261
5.3.4	Supremacía constitucional solo aparente	264
5.3.5	Problemas del control preventivo del Tribunal Constitucional	267
5.4	La reforma constitucional de 2005 en materia de justicia constitucional	273
5.5	El papel del Tribunal Constitucional en la tutela de los derechos fundamentales con posterioridad a la reforma de 2005	282
5.5.1	Fortalecimiento de las atribuciones de control previo obligatorio	284



5.5.2	Atribuciones de control de constitucional a iniciativa de órgano activamente legitimado	286
5.5.3	Control de constitucionalidad de los autos acordados	288
5.5.4	Las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad a partir de la reforma de 2005	291
5.5.4.1	Impacto	291
5.5.4.2	Generalidades sobre las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad	293
5.5.4.3	El papel de la inaplicabilidad en la tutela de los derechos: algunas cuestiones problemáticas	295
5.5.4.3.1	Los sujetos procesales y la identificación de la norma controlada	295
5.5.4.3.2	Parámetro de control y la teoría del control concreto	300
5.5.4.3.3	La sentencia de inaplicabilidad	307
5.5.4.4	La declaración de inconstitucionalidad y su papel en la nueva justicia constitucional chilena	309
5.5.4.5	Relaciones entre inaplicabilidad e inconstitucionalidad	311
5.5.4.6	La sentencia de inconstitucionalidad	315
	<b>A MODO DE CONCLUSIÓN: SEGUIR AVANZANDO EN LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.</b>	323

Bibliografia  
329



## **Abreviaturas usadas**

CENC	Comisión de Estudios de la Nueva Constitución
COT	Código Orgánico de Tribunales
CPC	Código de Procedimiento Civil
CPE	Constitución Política del Estado
CPP	Código Procesal Penal
LOPJ	Ley Orgánico del Poder Judicial
LOTIC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
OIT	Organización Internacional del Trabajo



# INTRODUCCIÓN

## Sobre el objeto de este trabajo

El siguiente trabajo trata sobre cómo tutelar los derechos fundamentales utilizando los tribunales de justicia en el ordenamiento jurídico chileno. Sin duda alguna esta es una cuestión extraordinariamente compleja, porque el mismo concepto de derechos fundamentales lo es. En concreto, desde que los ordenamientos jurídicos han comenzado a tomarse en serio la idea de garantizar determinados ámbitos inmunes a la actuación del Estado, ello implicó desde el principio lidiar con complicadas cuestiones morales y jurídicas. Asimismo, este solo hecho ha dado lugar a sendos debates, varios de los cuales aún están lejos de resolverse.

Precisamente, uno de esos debates dice relación con cuál es el mejor lugar para tutelar los derechos: los tribunales de justicia<sup>1</sup> o las asambleas legislativas<sup>2</sup> son las alternativas. Nosotros partiremos de un pie forzado. Asumiremos como un hecho de la causa la primera opción. La razón es bastante simple: el nuestro es un trabajo sobre el Derecho positivo actualmente vigente en el ordenamiento jurídico chileno. Esto no implica que no examinemos esta opción con carácter crítico. El hecho de que el ordenamiento jurídico chileno tome partido por la tutela jurisdiccional, no quiere decir que nos resulte indiferente la configuración institucional. En efecto, es este el objeto principal de este trabajo: reflexionar acerca de cuál debería ser el diseño más adecuado de la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales. Ello requiere plantear una hipótesis de trabajo y a la vez, asumir algunas premisas. En estas primeras líneas las iremos explicando.

Desde este punto de vista, el hecho de que en un plano teórico exista la duda sobre si tiene sentido que los tribunales de justicia cumplan esta función, nos dice mucho acerca de que su tutela no es gratuita. En este sentido, un criterio de especial importancia para

---

<sup>1</sup> Por todos: Dworkin, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona (1984), *passim*.

<sup>2</sup> Por todos: Waldrom, J., *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid, (2005), *passim*.

medir el funcionamiento del conjunto de garantías jurisdiccionales, es en consecuencia, su coste democrático. Basta aquí recordar que las experiencias comparadas nos han dejado clarísimo que la jurisdicción constitucional debe ser considerada como un bien escaso<sup>3</sup> y debe ser administrada con prudencia.

Este no es un trabajo de filosofía política, no obstante entra en diálogo directo con ésta. En otras palabras, este es un trabajo que tiene una doble vertiente. Por una parte es un estudio de *lege data*, que tiene por objetivo buscar explicaciones en el Derecho positivo chileno a los problemas de escaso desarrollo de esta disciplina en dicho país. A su vez, es también un trabajo de *lege ferenda*, pues contiene propuestas, aunque sea en un estado embrionario, sobre cómo superar dichos problemas. En esta segunda condición, partimos de ciertas premisas que determinan las soluciones que proponemos. Nos parece honesto explicitarlas ahora mismo.

A pesar de ser ya casi un lugar común, es importante comenzar señalando que el constitucionalismo tal como lo entendemos hoy en día representa una paradoja, al fundarse sobre dos principios en apariencia contradictorios: por una parte el principio de autodeterminación de los ciudadanos, que exige que éstos decidan por sí mismos todo aquello que concierne a su libertad, y por otra, los derechos fundamentales que imponen limitaciones al ejercicio del poder sustrayendo de la esfera de lo decidible una serie de materias que se consideran indisponibles para la política<sup>4</sup>. Esta circunstancia ha dado lugar a un prolífico debate filosófico, a pesar de que en Chile poco se ha dicho al respecto.

En razón de lo dicho, esta investigación no busca contestar la pregunta acerca de la relevancia de la dificultad contramayoritaria<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Cfr. Wahl R. y Wieland, J., “La jurisdicción constitucional como un bien escaso. El acceso al *Bundesverfassungsgericht*”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 51 (1997), pp. 11-35.

<sup>4</sup> Habermas, J. y Rehg W., “Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles?”, en *Political Theory*, vol. 29, núm. 6 (2001), pp. 766-781.

<sup>5</sup> No obstante ya es conocido por todos, es necesario señalar que esta famosa expresión es acuñada originariamente por Bickel. Al respecto véase: Bickel, A., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2ª edición, Yale University Press, New Haven (1986), p. 16.

Más bien la asume como un hecho de la causa, teniendo en cuenta que tanto la democracia como la protección de los derechos fundamentales son elementos centrales del sistema constitucional chileno, y por tanto ninguno de estos dos principios puede ser soslayado, debiéndose buscar la forma de optimizarlos y hacerlos convivir del modo más armónicamente posible. De esta manera, partimos de una doble opción política: el compromiso con la democracia y la asunción de que los derechos fundamentales cumplen un importante papel en la construcción de una sociedad más libre y respetuosa con el ciudadano.

En lo señalado anteriormente subyace una premisa: la tensión entre democracia y derechos es inevitable<sup>6</sup>. En este sentido, estas líneas deben entenderse también como un intento por discutir los cimientos de una teoría de los derechos fundamentales respetuosa con los modos de adopción de decisiones intersubjetivas propias de una democracia, y que además por cierto, pueda servir de utilidad para el ordenamiento jurídico chileno, o dicho en otras palabras, defendemos en esta tesis la idea de que parte de la solución al problema del desarrollo de los derechos, pasa también por una mayor consideración por el principio democrático. Esta afirmación será discutida en detalle en el capítulo primero, tanto en sus fundamentos como en las consecuencias institucionales que se derivan de ella.

La hipótesis de la que partimos es la siguiente: la íntima vinculación entre derecho fundamental y garantía jurisdiccional nos lleva a poner especial cuidado en el diseño institucional de esta última, pues este es un elemento clave a la hora de dotar de contenido a los derechos. En este sentido, la idea de la garantía jurisdiccional y su correcta configuración resulta clave para superar varios de los problemas existentes en el ordenamiento jurídico chileno. Pero hay más. Esta vinculación también se da en el sentido inverso, es decir, el mismo concepto de derecho fundamental influye en la

---

<sup>6</sup>La literatura que da cuenta de este problema es ingente. Creemos que ello es suficiente para no entrar en ello. De todos modos, para una exposición preliminar del debate y de las distintas posturas véase: Bellamy, R. y Castiglione, D., "Constitutionalism and Democracy-Political Theory and the American Constitution", en *British Journal of Political Science*, vol. 27, núm. 4, (1997), pp. 595-618.



configuración institucional de la garantía jurisdiccional. Esto lo esperamos demostrando discutiendo. En primer lugar, cuál es el concepto de derecho fundamental que se deriva de la Constitución de 1980, sobre todo, teniendo en cuenta su origen autoritario (capítulo 2). Los capítulos siguientes (3 al 5) nos permitirán analizar cómo la idea de la garantía jurisdiccional de los derechos se ha ido modificando durante la época de la transición a la democracia. Al mismo tiempo, este análisis nos permitirá identificar cuáles son los problemas que han ido surgiendo, los que han encontrado respuesta y los que permanecen aún insolutos. Para ello nos serviremos de las conclusiones extraídas de los dos primeros capítulos.

## **Los derechos fundamentales en la realidad constitucional chilena**

No es casual que este trabajo verse sobre el mencionado objeto de estudio. En gran medida el interés por los derechos fundamentales responde a una tendencia mundial, la que en Chile se comienza a sentir cada vez con mayor intensidad. En efecto, una de las disciplinas que ha tenido últimamente un mayor desarrollo en las ciencias jurídicas, es la teoría del constitucionalismo. Apenas antes de la Segunda Guerra Mundial, había pocas razones para sospechar de este auge del garantismo que hoy presenciamos<sup>7</sup>. Como señala Ackerman, basta con recordar que hasta no hace mucho “las posibilidades del constitucionalismo mundial eran bastante reducidas, por decir lo menos: la Constitución de Weimar se había derrumbado, tal como lo había hecho el ingenioso experimento austriaco con el control de constitucionalidad y por otra parte, ni los franceses, ni los ingleses jamás le habían tenido mucha fe a la capacidad de las Constituciones escritas para restringir la política democrática. Por el contrario, la confianza en el legislador era absoluta”<sup>8</sup>. Sin embargo, en estos momentos parece vislumbrarse una buena época para el constitucionalismo. Con la caída de la última dictadura en Latinoamérica en 1989, las democracias

---

<sup>7</sup> La expresión está aquí desprovista de cualquier significado atribuible a una doctrina en particular.

<sup>8</sup>Ackerman, B., "The Rise of World Constitutionalism", en *Virginia Law Review*, vol 83, núm. 4, (1997), p. 791.

constitucionales parecen haber llegado para quedarse en la región. Asimismo, los procesos de transición en Europa del Este, han extendido a los antiguos países del “telón de acero” el paradigma de la democracia y los derechos fundamentales.

En este contexto, la principal preocupación del constitucionalismo contemporáneo, esto es la tutela de los derechos fundamentales, también ha tenido eco en el panorama jurídico chileno. De esta manera, se habla cada vez más de los derechos fundamentales entre los especialistas, y el Tribunal Constitucional chileno al irse apropiando de este terreno, se ha ido situando en un claro sitio de privilegio entre las instituciones del Estado. Esta situación es sorprendente, pues se trata de un desarrollo más bien reciente y posterior a la reforma constitucional de 2005, lo que no deja de ser asombroso para un tribunal en el que los derechos fundamentales nunca constituyeron una preocupación central a lo largo de su historia<sup>9</sup>.

Se podría pensar desde luego, que esta nueva forma de entender el Estado de Derecho en Chile, es consecuencia de un proceso completamente normal. En efecto, no es extraño que muchos países luego de experiencias políticas traumáticas hayan experimentado un resurgimiento de las libertades. Sin embargo, el caso chileno no deja de revestir algunas particularidades que lo convierten en un ejemplo poco común. La principal razón, es que la chilena es una sociedad que continúa viviendo con una Constitución que es la herencia patente de la dictadura militar más sanguinaria de Latinoamérica, y que sin duda alguna, representó la antítesis más profunda de las ideas proclamadas por el constitucionalismo. Esta circunstancia supone un desafío enorme para esta empresa.

No obstante ello, la lucha por el fortalecimiento y protección de los derechos y libertades fundamentales ha ocupado últimamente un lugar central en el debate político y ha sido un importante motor a la

---

<sup>9</sup> Al respecto véase la sentencia rol 786-2007, específicamente el voto particular del Ministro Vodanovic, que afirma: “[l]os derechos fundamentales tienen su fuente en la dignidad humana, y en tanto emanaciones de la misma, por una parte corresponden a todo sujeto del género humano, y por la otra cumplen una función de exigencia derivada de la necesaria protección de dicha dignidad, por lo que, a este respecto, no obsta que el texto constitucional no los contemple de forma total y expresa en el catálogo de derechos del artículo 19”.

hora de introducir reformas a la Constitución de 1980. Los derechos fundamentales están de moda hoy en Chile, qué duda cabe. Cada vez más los autores tratan de justificar su presencia e importancia; hablan de sus efectos transformadores para las categorías jurídicas tradicionales con las que ha operado desde siempre el pensamiento jurídico nacional<sup>10</sup>. Pero más allá de la preocupación académica, existe también una conciencia pública acerca de la importancia de estas materias, la que se ha manifestado en una sociedad cada vez más movilizadora y demandante que ha puesto en la agenda pública la demanda por más y mejores derechos.

Frente a esta situación, los poderes constituidos sin duda alguna no han permanecido inmóviles. Todo ello ha significado en el último tiempo la introducción importantes reformas, proceso que no parece detenerse en el corto plazo. En efecto, si echamos una rápida mirada a las reformas importantes que se han implementado en los últimos 10 años, los derechos fundamentales han estado presentes en casi todas ellas. Al respecto, la expresión más genuina de esta situación es la reforma constitucional de 2005<sup>11</sup>, particularmente en lo que se refiere a las atribuciones del Tribunal Constitucional. Pero además de ésta, han sido extraordinariamente relevantes en este proceso varias leyes promulgadas en los últimos años, que han venido a desarrollar disposiciones relativas a los derechos fundamentales, o a incorporar o mejorar, sus garantías jurisdiccionales. Solo a título ejemplar podemos citar: la Ley N° 19.733 Sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo, el nuevo Código Procesal Penal, la Ley N° 19.966 Sobre el Régimen de Garantías en Salud, la Ley N° 20. 255 sobre Reforma Provisional o la Ley N° 20.367 que introduce modificaciones al Código del Trabajo y varias más.

Sin embargo, este inédito interés sobre los derechos fundamentales en Chile también ha tenido una cara menos amable, y en definitiva,

---

<sup>10</sup> Por todos: Fernández, M., “La sentencia del Tribunal Constitucional, su eventual carácter vinculante y la inserción en las fuentes de Derecho”, en *Estudios Constitucionales*, año 4, núm. 1 (2006), pp. 126-129.

<sup>11</sup> “Chile cuenta desde hoy con una Constitución que ya no nos divide, sino que es un piso institucional compartido, desde donde seguir perfeccionando nuestra democracia”, fueron las palabras del ex Presidente Lagos, en el discurso de promulgación de la Ley de Reforma Constitucional N° 20.050, el día 18 de septiembre de 2005.

ha sido un camino difícil de transitar. Por una parte, el legado político de la dictadura que se expresa en una Constitución ultra rígida y altamente ideológica. Por otra, las mismas características de la transición chilena hacia la democracia, han hecho tremendamente complicado el debate sobre cómo proteger de mejor manera los derechos a través de un régimen de garantías efectivas.

Sin duda, la configuración de un sistema de garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales que establezca altos estándares de protección es una asignatura pendiente en Chile. Al respecto, no es un misterio que la utilización cotidiana que se ha hecho de ellos en la praxis jurisprudencial, ha tenido más de obscuro que de claro. De alguna manera, los derechos fundamentales han devenido en el último tiempo casi en una suerte de “fetiche jurídico”, utilizándoseles para lo bueno y para lo malo; en algunas ocasiones incluso casi con un carácter casi esotérico. Desafortunadamente, hay más ejemplos de los que quisiéramos. El caso paradigmático es el de la sentencia del Tribunal Constitucional Rol 740 de 2008, que invocando el derecho a la vida, declara inconstitucional un Decreto Supremo que implementaba una política pública para la distribución gratuita de un anticonceptivo de emergencia (levonorgestrel) que se vendía libremente en las farmacias (y que se siguió vendiendo de la misma manera luego de la sentencia). Como es lógico, esto provocó una reacción de rechazo generalizado por parte de la sociedad civil pocas veces vista, que incluyó protestas ciudadanas frente a la sede del Tribunal Constitucional y un inédito consenso por parte de casi todos los partidos políticos que mostraron su descontento con el acusado activismo político del Tribunal. Pero hay otros casos que incluso pueden ser tomados con una dosis de humor, como la sentencia de la Corte Suprema que considera vulnerada la honra de Jesucristo por una película del director Martin Scorsese. La parte menos graciosa de la historia fue que ello significó para el país una condena ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

## ¿Han sido suficientes las reformas?

Es pacífico que los derechos fundamentales constituyen hoy en día la columna vertebral del constitucionalismo contemporáneo<sup>12</sup>. En este sentido, representan una idea a la que no se puede renunciar. Sin embargo, como señala Schneider, “éstos no son un regalo de una indulgente autoridad superior”<sup>13</sup>. Esto significa que su reconocimiento y protección implica un gran desafío para los sistemas jurídicos en la medida que requiere poner un especial énfasis en el diseño institucional. Esta suerte de cautela que expresa el autor alemán, contrasta con la inocencia con que se ha abordado el tema en Chile, donde se ha pensado que las reformas que se han implementado en el último tiempo son condición suficiente para la protección eficaz de los mismos.

Esta creencia se ha expresado, principalmente, en que en Chile se ha recurrido a la copia descarada de arreglos institucionales surgidos en otros lugares, bajo la premisa de que esto es suficiente para sentirse con el trabajo bien hecho. En principio esto no tiene nada de extraño, el recurso al Derecho comparado en general es una manera normal que tienen de progresar los ordenamientos jurídicos. No obstante, el problema se produce cuando se hace de manera irreflexiva<sup>14</sup>. Al respecto, queremos ser enfáticos en una cuestión que nos parece sumamente relevante y que la expresaremos en la siguiente afirmación: del propósito de tutelar los derechos fundamentales, no se siguen sin más, determinados arreglos institucionales. Al contrario de lo que se suele pensar muchas veces en Chile, no existe un único modelo de constitucionalismo. Si bien hay consenso en algunos aspectos esenciales, la variedad de arreglos institucionales existentes en Derecho comparado permite contrastar fórmulas, que si bien persiguen el mismo objetivo, en

---

<sup>12</sup> Por todos: Stern K., “Génesis y evolución del constitucionalismo americano-europeo. Algunos comentarios sobre aspectos fundamentales”, en Fernández F. (coord.), *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Dykinson, Madrid (2008), pp. 55-70.

<sup>13</sup> Schneider, H.P., *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, (1991), p. 16.

<sup>14</sup> Sobre las distintas maneras de abordar el Derecho comparado y los riesgos de su utilización irreflexiva véase: Tushnet, M., *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, Princeton (2009), pp. 3-17.

realidad resultan bastante distintas. Por otra parte, tal como no existe una sola manera de tutelar derechos, también se puede afirmar que de determinados arreglos institucionales no se deducen, sin más, altos estándares en la protección de derechos fundamentales, aunque estos arreglos institucionales en los hechos parezcan bastante similares a los existentes en ordenamientos donde éstos tienen un elevado grado de concreción.

Afrontar el desafío de mejorar los estándares en la tutela de los derechos fundamentales, en estos días, cobra pleno sentido. En estos momentos, cuando conceptos tales como: principio de proporcionalidad o efecto horizontal de los derechos fundamentales comienzan a aparecer cada vez con mayor frecuencia en las sentencias de nuestros tribunales, se hace impostergable reflexionar acerca de cuáles son las reales posibilidades del ordenamiento jurídico chileno para la protección de los derechos y sobre cuáles son los mecanismos más idóneos en este caso para consolidar un Estado de Derecho vigoroso. En efecto, la idea central que vertebra este trabajo descansa en la afirmación de que en el ordenamiento jurídico chileno, a pesar del entusiasmo, el proceso de acercamiento al constitucionalismo de los derechos ha sido tremendamente caótico y carente de sistematicidad. Por cierto, afortunadamente parecemos estar más lejos del punto de partida, pero en este camino que se ha recorrido ha habido de dulce y agraz. Si hacemos una retrospectiva, podremos observar que la principal característica que se puede destacar, es que no ha existido unidad de criterio a la hora de pensar e implementar mejoras al sistema establecido por la Constitución de 1980 en su redacción original.

Así las cosas, hoy el conjunto de garantías jurisdiccionales está formado por elementos de diversa procedencia: algunos que derivan de la Constitución de 1980 original, otros de posteriores reformas legislativas, y finalmente los restantes de la última gran reforma constitucional del año 2005. Esto en nuestra opinión, constituye la principal falencia del modelo chileno a la hora de garantizar jurisdiccionalmente los derechos fundamentales. Si se sostiene, como lo ha hecho gran parte de la doctrina nacional<sup>15</sup>, que éstos

---

<sup>15</sup> Por todos véase: Aldunate, E., “El efecto de irradiación de los derechos fundamentales”, en Ferrada, J.C. (coord.), *La constitucionalización del Derecho chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, (2003), pp. 13 y ss.

ocupan un lugar destacado en el ordenamiento jurídico, lo que se expresa en que se sitúan en el vértice de la pirámide de jerarquía normativa, ello significa que además de simples derechos subjetivos, “pasan a adquirir una dimensión objetiva valorativa que informa todo el ordenamiento jurídico”<sup>16</sup>, y por tanto, es claro que sus alcances son mucho mayores que cualquier otra norma del ordenamiento, y por lo mismo, su tutela es una cuestión en la que se debe poner especial cuidado, pues se hace necesaria una protección que haga frente a las diferentes situaciones que pueden menoscabarlos. Además, las distintas herramientas que se deben diseñar al efecto, por cierto, deben actuar de manera coordinada, en la medida que constituyen nada más distintas aristas del mismo fenómeno. Es en este aspecto, en que justamente resulta imprescindible avanzar en Chile.

## Los derechos y la democracia

Otra de nuestras preocupaciones son las interacciones entre derechos y democracia. En este sentido, esta es una cuestión que no se puede evadir, sobre todo porque en Chile la historia reciente nos pone en la necesidad de prestarle atención al punto. Desde esta perspectiva, no cabe duda de que este desarrollo institucional al que hacemos referencia, también se encuentra indisolublemente unido al mayor de los desafíos que ha debido enfrentar la sociedad chilena en el último tiempo: la transición a la democracia. Actualmente existe una Constitución que aún adolece de dificultades patentes para consolidarse desde el punto de vista de la legitimidad democrática, y no obstante se ha avanzado mucho en este ámbito desde 1980, la extraordinaria rigidez de la Constitución chilena hace difícil seguir haciéndolo donde no existen los acuerdos políticos necesarios para impulsar una reforma<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Ferrada, J.C., “Los derechos fundamentales y el control constitucional”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, núm. 17 (2004) [versión online]. pp. 113-137.

<sup>17</sup> Se habla mucho aquí de reformas o mejoras a la Constitución. El lector no informado podrá sorprenderse por qué no se habla de elaborar una nueva Constitución. La respuesta a esta pregunta radica, en que la transición chilena responde a un modelo de transición pactada en el que para que la junta de gobierno abandonara el poder era necesario la permanencia del orden establecido por la Constitución de 1980 en sus aspectos esenciales. Este hecho ha

Por esta razón, al ser la Constitución un artificio que se funda en base a delicados equilibrios, se debe poner atención en mejorarla como un todo<sup>18</sup>. En este sentido, los déficits de que la Carta de 1980 adolece con respecto al principio democrático son de suma trascendencia. No en vano, su actualización a partir del autoritario texto de la Constitución de 1980 también ha sido un viaje pleno de dificultades que aún no arriba a su destino final. Al respecto, un par de precisiones deben ser hechas en cuanto al concepto de democracia en la Carta de 1980, pero luego también debemos decir algo en relación a la problemática convivencia entre derechos y democracia, aunque esto mismo lo haremos en abstracto en el capítulo primero donde discutiremos las bases teóricas de nuestra propuesta.

En primer lugar, el problema de la legitimidad democrática de una Constitución, que si bien no es el objeto del presente estudio, representa un criterio de legitimidad que hoy por hoy es insustituible en cualquier país civilizado<sup>19</sup>. Aquí no viene al caso la búsqueda de sucedáneos. Si bien, con las reformas constitucionales de 1989 y 2005 se avanzó mucho en este sentido, existen aún demasiadas cuentas pendientes que merecen la atención de la sociedad toda, y por cierto, todavía se debe seguir trabajando para terminar de purgar esa deuda que Carrillo llamó alguna vez las “hipotecas de la Constitución chilena de 1980”<sup>20</sup>.

Pero por otra parte, el proceso de transición a la democracia también requiere como correlato un proceso de transición al

---

condicionado en gran medida el desarrollo de las instituciones republicanas luego del retorno a la democracia. En el estado actual de la cuestión, aún parece poco probable en el corto plazo el establecimiento de una asamblea constituyente, y por tanto, el camino más eficaz para lograr este desarrollo es tratar de reformar la Constitución vigente por las vías establecidas al efecto. Sobre la transición política chilena véase: Godoy, O., “La transición chilena a la democracia: pactada”, en *Estudios Públicos*, núm. 74, (1999), pp. 79-106.

<sup>18</sup> Cfr. Wilkinson, J.H., “Our Structural Constitution”, en *Columbia Law Review*, vol. 104, núm. 6 (2004), pp. 1686-1709.

<sup>19</sup> Ya el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales pone de manifiesto la estrecha relación entre los derechos fundamentales y la democracia.

<sup>20</sup> Carrillo, M., “Las hipotecas de la Constitución de Chile”, en *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 115 (2002), pp. 81-98.



constitucionalismo. Es justamente este progresivo ajuste entre democracia y constitucionalismo lo que hoy estamos presenciando. No obstante, a partir de estos significativos avances que hemos tenido en el último tiempo, se abren una serie de incógnitas en relación a cómo seguir avanzando en este proceso. Claramente esta es una cuestión de vital trascendencia y es precisamente aquí donde en Chile ha sido escasa la reflexión. Sabemos que estas afirmaciones son polémicas. Mal que mal existe bastante literatura comparada que da cuenta de los problemas de compatibilidad entre derechos y democracia<sup>21</sup>. Nuestra propuesta, también apuesta por una opción de diseño institucional que sea consciente de este problema y trate de minimizar la tensión entre democracia y derechos.

En suma, la construcción de un Estado Constitucional de Derecho requiere un diseño institucional eficaz y coherente que establezca garantías de diversa índole para la protección de los derechos. No en vano, ya el artículo 16 de la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano de 1879 advertía que “[t]oda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes determinada, carece de Constitución”. Este trabajo es un intento de avanzar en el debate en uno de estos dos aspectos, los derechos, pero sin perder de vista el segundo. Sin duda es un tema complejo y en ello inciden una serie de aristas que arrancan desde la misma manera de entender los derechos, pasando por qué derechos queremos proteger como sociedad, hasta llegar a la fase de diseñar qué mecanismo resultan más idóneos para tutelarlos.

Resulta pretencioso y poco realista hacer todo esto en un trabajo de estas características. Es más muchas de estas cuestiones simplemente quedarán en nivel más bien superficial. Esto pues, nuestro objetivo es más bien modesto: no puede sino ser considerado como un primer paso en un debate que es mucho más extenso que lo que podemos aquí abarcar. No obstante, ello no significa que este estudio no esté en condiciones de presentar resultados concretos. En tanto análisis de *lege data*, el principal objetivo es determinar el estado de la cuestión en relación a cómo ha quedado el mapa de las garantías jurisdiccionales de los derechos

---

<sup>21</sup> Por todos, Bellamy, R., *Political Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge (2007), *passim*.

fundamentales luego de estas últimas reformas. Ahora bien, como trabajo de *lege ferenda*, hay en él una crítica y una propuesta sobre cuál debe ser la hoja de ruta a seguir en relación a este proceso, que sin duda, determinará el futuro del Derecho constitucional chileno.



# 1. CAPÍTULO PRIMERO: LA TUTELA JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO UN PROBLEMA COMPLEJO

## 1.1 Sobre el concepto de garantía de los derechos fundamentales

No obstante, la posición central que el concepto de garantía de los derechos fundamentales ocupa actualmente en el diseño de la arquitectura constitucional contemporánea, éste continúa siendo un tema bastante poco abordado por los autores (al menos los constitucionalistas). Aparentemente, la causa de la evasión se debe a lo complejo de elaborar una teoría de las garantías de los derechos aplicable a todos los sistemas jurídicos. Por esta razón, es bastante común que a la hora de analizar las garantías de los derechos, omitan referirse a éstas desde un punto de vista conceptual<sup>22</sup> y a menudo se remitan a un análisis dogmático de los mecanismos que cada sistema establece, soslayándose por completo los aspectos teóricos<sup>23</sup>. Sin embargo, las dificultades no terminan allí. A su vez, intentar hacerlo resulta también una cuestión extraordinariamente compleja, en la medida que nos encontramos con una doble dificultad. Por una parte, la íntima relación que existe entre derechos y garantías, por otra, los problemas de conceptualización que experimentan los derechos fundamentales como objeto garantizado. Esto sin duda dificulta bastante las cosas<sup>24</sup>. Sin embargo, esta complejidad será justamente nuestro punto de partida: la primera constatación de la que podemos dar cuenta es

---

<sup>22</sup> Para el caso chileno, véase por todos: Nogueira, H., “Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: la delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales”, en *Ius et Praxis*, vol. 11, núm. 2 (2005), pp. 15-64. En Derecho comparado, solo por citar dos ejemplos véanse: Díez-Picazo, L., *Sistema de derechos fundamentales*, 3ª edición, Thomson-Civitas, Madrid (2008) p. 79 y ss., Favoreau, L et al. *Droit des libertés fondamentales*, 5ª edición, Dalloz, Paris (2009), pp. 138 y ss.

<sup>23</sup> Incluso este vacío conceptual es posible encontrarlo también en análisis eminentemente teóricos. Véase por ejemplo: Peces-Barba, G., *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid (2004), pp. 255-256.

<sup>24</sup> Cfr. Peña, A., *La garantía en el Estado constitucional de Derecho*, Trotta, Madrid (1997), p. 25.

que jurisdiccionalmente los derechos fundamentales no es para nada una tarea sencilla.

Cuando se piensa en derechos fundamentales, desde siempre en la tradición jurídica de los países del *civil law*, la preocupación de los autores ha estado en el contenido de los derechos, lo que supone la premisa de que éstos existen como entidades ontológicamente independientes<sup>25</sup>. Nosotros no discutiremos esta premisa. Sin embargo, este trabajo pone el acento en la garantía jurisdiccional como un elemento que es altamente incidente en la determinación de dicho contenido, ello no quiere decir que sea el único elemento relevante y que se deba prescindir por completo de la declaración de derechos; más bien nuestra propuesta se centra en el hecho de que ambos aspectos están interrelacionados y se influyen mutuamente. Ello supone como primera cuestión diferenciar conceptualmente entre derecho y garantía, cuestión que ha sido complementemente olvidada en Chile.

En efecto, la confusión entre derechos fundamentales y sus garantías es fácilmente constatable en la nomenclatura utilizada por la misma Constitución chilena, la que se refiere en numerosas ocasiones a ambos conceptos como si fueran sinónimos, utilizando ambas expresiones indistintamente. De todos modos, esta aparente confusión no es exclusivamente local<sup>26</sup>. Por otra parte tampoco es exclusivamente técnica, así por ejemplo el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, señala que por garantías constitucionales se deben entender “los derechos que la Constitución de un Estado reconoce a todos los ciudadanos”.

La verdad es que sobre este punto se ha suscitado un amplio debate en teoría del Derecho. Nosotros suscribimos la postura de que se

---

<sup>25</sup> A diferencia de la posición que se ha adoptado en países del *Common Law*, donde existe bastante literatura que da cuenta de la importancia de los tribunales de justicia en la determinación de los derechos. Por todos, véase: Strauss, D., “Common Law Constitutional Interpretation”, en *University of Chicago Law Review*, vol. 63, núm. 3 (1996), pp. 877-935.

<sup>26</sup> Solamente a título ejemplar, en México se encuentra bastante extendida la expresión “garantías individuales para hacer referencia a los derechos fundamentales. Véase al respecto: Rojas, A. et al., *Las garantías individuales en México: su interpretación por el Poder Judicial de la Federación*, Editorial Porrúa, México D.F., (2003).

debe intentar distinguir entre ambos conceptos; de lo contrario se dificulta tremendamente la tarea de articular mecanismos de protección de los derechos fundamentales. Entender que un derecho equivale a su garantía, nos llevaría a retroceder a una época donde los derechos fundamentales eran normas que carecían de una eficacia directa, y por ende, estaban a completa disposición del legislador. Esto sin duda, puede tener consecuencias indeseadas si lo que se quiere es fortalecer dichos derechos. Al respecto, el autor que ha sido más categórico en esta postura es Ferrajoli, quien ha expresado que de incurrirse en esta confusión, ello significaría que catálogos enteros de derechos “serían no-derecho, no-normas, solamente por estar privados de garantías”<sup>27</sup>. Esta situación en el caso chileno es especialmente peligrosa, debido a que como veremos más adelante, la relación entre derechos y garantías es bastante asimétrica. Así las cosas, existe un número importante de derechos que carecen de garantía jurisdiccional. Por esta razón, a pesar de que la Constitución utiliza muchas veces de manera indistinta ambas expresiones, la interpretación más funcional es aquella que considera que la Carta de 1980 se refiere en aquellos casos a garantías en sentido figurado.

Además del anterior, existe otro problema en la Constitución chilena que exige distinguir entre derechos y garantías. En Chile, el mismo concepto de derecho fundamental es harto más difuso que en otros ordenamientos jurídicos. La razón es que en algunas materias, la declaración de derechos es extraordinariamente desarrollada (en el sentido de su extensión), en la medida que la Carta de 1980 asume decisiones con contenido material que exceden del concepto tradicional de los derechos fundamentales como derechos subjetivos o incluso como principios de naturaleza objetiva. Los casos más paradigmáticos se encuentran en el ámbito de la regulación económica, por ejemplo dentro del derecho de propiedad se regula el régimen de concesiones de la propiedad minera, o dentro del derecho a la libertad de iniciativa económica se regula la participación del Estado en la economía<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Ferrajoli, L., “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales” en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 29 (2006), p. 29.

<sup>28</sup> Un caso similar en Derecho comparado se puede encontrar en la Constitución española, a propósito de los denominados “Principios rectores de la política económica y social”, no obstante en este país, ayudado en gran medida por la

Pero bien, sin perjuicio de los problemas específicos del caso chileno, no es fácil distinguir en abstracto entre derechos y garantías. Una buena aproximación para precisar ambos conceptos es la clásica distinción entre normas primarias y secundarias. Esta distinción es típicamente hartiana<sup>29</sup>, no obstante de momento utilizaremos un desarrollo posterior que es obra de Bobbio, debido a que nos resulta más práctico por su simplicidad. El concepto de norma secundaria viene definido por su relación con la norma primaria. Es decir, la norma secundaria existe en el ordenamiento jurídico sólo en función de la utilidad que pueda prestar a la norma primaria<sup>30</sup>. Para el autor italiano, es justamente el hecho de que un sistema contemple normas secundarias, lo que hace que un sistema jurídico de características más bien simples adquiera rasgos más complejos. En efecto, la gran mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos poseen esta estructura<sup>31</sup>. Estas normas secundarias pueden ser de dos tipos: normas sobre la producción de otras normas y normas sobre la sanción<sup>32</sup>. Justamente a este último subgrupo pertenecen las normas sobre garantías.

La garantía de un derecho fundamental sería entonces un tipo de norma secundaria, es decir, una norma que asegura y protege un derecho fundamental frente a una vulneración, estableciendo sanciones y mecanismos de reparación. Desde este punto de vista, la norma de garantía sólo tiene sentido en función de la norma que pretende garantizar, y ello por supuesto, implica que la configuración misma de aquélla dependerá de la naturaleza jurídica de la norma garantizada. De esta manera, resulta innegable la importancia que posee la garantía para la eficacia de los derechos, al punto de que un derecho sin garantías deviene en un simple *flatus vocis*. Si se prefiere hablar en términos kelsenianos, la ausencia de garantías convierte a los derechos en normas ineficaces. En efecto, la conexión entre ambas ideas es tan estrecha, que durante mucho

---

sistemática del texto, nadie duda de que se trata de normas que tienen una naturaleza distinta que el resto de las normas del Título Primero.

<sup>29</sup> Cfr. Hart, H., *El concepto de Derecho*, (trad. de G. Carrió), Abeledo Perrot, Buenos Aires (1963), pp. 99 y ss.

<sup>30</sup> Cfr. Bobbio, N., *Contribución a la Teoría del derecho*, Editorial Debate, Madrid (1990), p.313.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 316.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 318.

tiempo el brocardo *ubi ius ibi remedium* se tuvo como una verdad incuestionable en la cultura jurídica occidental.

La utilización del esquema “norma primaria-norma secundaria”, nos permite ver claramente que se trata de dos cosas distintas, aunque íntimamente relacionadas: los derechos confieren a su titular determinadas facultades, las garantías proporcionan los medios técnicos para llevar a la práctica esas facultades a través del poder coercitivo del Estado. Es justamente la idea de garantía, la que permitió construir la primera explicación exitosa acerca de la arquitectura de la norma de derecho fundamental: el concepto de derecho público subjetivo. En efecto, fue la noción de potestad reconocida y amparada por el Derecho, la que tenían en mente los autores liberales del siglo XVIII, al concebir los derechos fundamentales como ámbitos de inviolabilidad de que disfruta el ciudadano frente al poder del Estado, noción que terminó de consolidarse con la doctrina iuspublicista alemana del siglo XIX con la teoría del derecho público subjetivo<sup>33</sup>.

Hoy en día es innegable que el concepto de garantía de los derechos fundamentales se ha transformado y diversificado al amparo del Estado Constitucional de Derecho. Así las cosas, de la idea original de los derechos como ámbitos de inmunidad frente al Estado, se ha pasado a que, en palabras de Ferrajoli, hoy concebimos a todo el ordenamiento jurídico como “un sistema de garantías constitucionalmente pre ordenadas en función de la tutela de los derechos fundamentales”<sup>34</sup>. Este hecho es importante porque ha significado una diversificación del concepto de garantía, pero también ha conllevado una transformación del mismo concepto de derecho fundamental. Al respecto, un buen ejemplo de cómo el concepto de derecho fundamental se ha transformado a partir de la evolución de la noción de garantía, es la aparición durante el siglo XX de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales. Esta cuestión la abordaremos más adelante con mayor detalle. Por ahora nos interesa dejar en claro la amplia heterogeneidad de las diversas

---

<sup>33</sup> Jellinek, G., *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Società Editrice Libreria, Milán (1912), pp. 46-59.

<sup>34</sup> Ferrajoli, L., “El derecho como sistema de garantías”, en Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 5ª edición, Trotta, Madrid, (2006), p. 19.



formas de garantía. Así por ejemplo, en no pocos ordenamientos jurídicos se habla además de garantías normativas, garantías institucionales e incluso de garantías internacionales<sup>35</sup>. Nuestro objetivo aquí no es realizar una completa taxonomía de todas las diversas fórmulas de garantizar los derechos fundamentales. En este trabajo nos ocuparemos únicamente de la garantía jurisdiccional.

Esta última concita un elevado interés, pues normalmente opera como la última defensa frente a una vulneración en el plano nacional, actuando cuando todas las barreras anteriores han fracasado. Esto permite entender el papel que debe ocupar como mecanismo de *ultima ratio*. Ello justifica un análisis crítico acerca de los contornos que la garantía jurisdiccional adopta en el ordenamiento jurídico chileno.

## **1.2 La garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales**

La importancia de la garantía jurisdiccional para el constitucionalismo contemporáneo, se refleja en la afirmación de Cruz Villalón de que: “hoy no hay derecho fundamental que se precie de serlo que no sea susceptible de tutela judicial y de limitar el poder legislativo”<sup>36</sup>. Esto nos lleva directamente a indagar el papel y la naturaleza de la garantía jurisdiccional.

Como primera aproximación, la idea de la garantía jurisdiccional hace referencia a la protección que se presta a los derechos fundamentales a través del ejercicio de la jurisdicción, es decir, la tutela proporcionada por un funcionario del Estado con carácter imparcial por medio del proceso. En otras palabras, esto dice relación con los diferentes procesos jurisdiccionales que aseguran la vigencia de los derechos frente a su vulneración. De ninguna manera pretendemos entrar aquí en el inabarcable debate, acerca de

---

<sup>35</sup> Por todos: Pérez Luño, A., *Los derechos fundamentales*, 9ª edición, Tecnos, Madrid (2007), pp. 61 y ss.

<sup>36</sup> Cruz Villalón, P., “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25 (1989), pp. 39-40.

si es posible formular un concepto de jurisdicción con carácter abstracto y extrapolable a todos los sistemas.

A nuestro juicio, esta dificultad puede ser fácilmente eludida centrándonos en un concepto de jurisdicción aplicable únicamente al ordenamiento jurídico chileno. Al respecto, se ha señalado que las normas básicas que regulan el ejercicio de la función jurisdiccional en Chile son el artículo 76 de la Constitución y los tres primeros artículos del Código Orgánico de Tribunales (COT). El primero de ellos, dispone que: “La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”. A su vez, el artículo primero del COT reitera casi textualmente la norma constitucional al señalar que: “La facultad de conocer las causas civiles y criminales, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales que establece la ley”.

Tradicionalmente, se ha afirmado que los dos artículos anteriormente citados contienen la esencia del concepto de jurisdicción en el ordenamiento jurídico chileno. Sobre este punto existe pleno acuerdo en la doctrina<sup>37</sup>. Este consenso también ha se ha plasmado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, quien en la sentencia rol N° 165 ha definido la jurisdicción como: “el poder-deber que tienen los tribunales para conocer y resolver, por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal, dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponda intervenir”.

Ahora bien, sí se ha producido discusión en relación a los artículos 2° y 3° del COT, los que para un sector de la doctrina también forman parte del concepto de jurisdicción. El primero de ellos, entrega a los Tribunales de Justicia el conocimiento de los actos de

---

<sup>37</sup> Por todos: Casarino, M., *Manual de Derecho procesal. Derecho procesal orgánico*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile (1992), pp. 52-53.

jurisdicción voluntaria<sup>38</sup>, y el artículo 3° establece las denominadas: facultades conservadoras, económicas y disciplinarias<sup>39</sup>.

La cuestión para nosotros adquiere especial relevancia, sobre todo la discusión que se ha suscitado a propósito del artículo 3° del COT. En concreto, la parte de este debate que nos interesa es la que recae sobre la noción de jurisdicción conservadora, pues ha sido utilizada por algunos autores justamente para elaborar un marco teórico con la finalidad explicar la fisionomía del recurso de protección, el mecanismo de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales más utilizado en el sistema chileno<sup>40</sup>. La importancia de esta discusión radica en que, como veremos más adelante, el recurso de protección presenta evidentes dificultades para calificar dentro del concepto tradicional de jurisdicción (es decir, el del artículo 76 de la Constitución, desarrollado por el art. 1° del COT), por tanto, la única posibilidad de encuadrarlo dentro de los estándares de la tutela jurisdiccional, sería precisamente considerarlo una manifestación de la denominada jurisdicción conservadora<sup>41</sup>.

Sin embargo, no está claro en qué consisten estas supuestas facultades conservadoras<sup>42</sup>. Según Carocca, desde la Constitución de 1823 a la Corte Suprema se le han venido confiriendo dichas atribuciones, que “no son otras que las facultades intrínsecamente jurisdiccionales de resguardo de los derechos de los individuos frente a abusos que se puedan cometer en su contra, especialmente,

---

<sup>38</sup> Art. 2° “También corresponde a los tribunales intervenir en todos aquellos actos no contenciosos en que una ley expresa requiera su intervención”.

<sup>39</sup> Art. 3° “Los tribunales tienen, además, las facultades conservadoras, disciplinarias y económicas que a cada uno de ellos se asignan en los respectivos títulos de este Código”.

<sup>40</sup> Por todos: Errázuriz, J. y Otero, J., *Aspectos procesales del recurso de protección*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago (1989), p. 38.

<sup>41</sup> Véase *infra* 3.5.5.

<sup>42</sup> A diferencia de las otras facultades señaladas en el Art. 3° COT, donde no existe mayor discusión. Así las cosas podemos afirmar que, las facultades económicas dicen relación con la administración de los medios materiales y personales del Poder Judicial con el objeto de asegurar la eficacia en la administración de justicia, y las facultades disciplinarias, como su nombre lo indica, son las que tienen por objeto mantener el orden dentro de los tribunales.

por parte de los poderes públicos”<sup>43</sup>. En este mismo sentido se manifiesta Tavolari, quien pone de manifiesto que la expresión desde bien temprano en el constitucionalismo chileno dice relación con la protección de las garantías individuales, sin perjuicio del órgano que fuere competente para ello<sup>44</sup>.

A pesar de esta aparente claridad, los autores que defienden esta noción no han acertado a la hora de especificar con precisión en qué se distingue entonces el concepto de jurisdicción conservadora del concepto tradicional de jurisdicción. Esta confusión queda en evidencia a la hora de citar ejemplos. En efecto, se ha señalado entre dichos autores que constituyen manifestaciones de la jurisdicción conservadora de los Tribunales de Justicia: la facultad de control de constitucionalidad que tenía la Corte Suprema hasta el año 2005<sup>45</sup>, el recurso de amparo económico<sup>46</sup> o el procedimiento de *habeas corpus*<sup>47</sup>. La jurisprudencia tampoco ha solucionado el problema, evidenciado también una evidente falta de sistematicidad al abordar dicha noción<sup>48</sup>.

---

<sup>43</sup> Carocca, A., “La Corte Suprema y sus competencias en Chile. Reflexiones sobre las funciones de la Corte Suprema”, en *Ius et Praxis*, año 4, núm. 1 (1998), p. 198.

<sup>44</sup> Cfr. Tavolari, R., *Tribunales, jurisdicción y proceso*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago (1994), pp. 171-182.

<sup>45</sup> Vial, J., “El control constitucional de la Corte Suprema”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28, núm. 2 (2001), p. 441.

<sup>46</sup> Hernández, D., “El recurso de amparo económico. Una tendencia jurisprudencial peligrosamente reduccionista”, en *Estudios Constitucionales*, año 8, núm. 1 (2010), p. 454.

<sup>47</sup> Meins, E., “Inauguración del seminario internacional ‘Derechos humanos, Constitución y tratados internacionales’”, en *Ius et Praxis*, vol.9, núm. 1 (2003), pp. 11-16.

<sup>48</sup> Véase por todas: Corte Suprema, rol N° 1717-2006, de 31 de mayo de 2006: “9°. Que por consiguiente, frente a la afectación del legítimo ejercicio de un derecho o garantía, expresamente protegido por el artículo 20 de la Constitución, se alza como contrapeso a dicho gravamen esta acción cuyo objetivo básico es, a través de providencias cautelares urgentes, restablecer el imperio del derecho. Es obvio que el ejercicio de esta facultad es jurisdiccional, pero por su relevancia se le exige a los tribunales, además, el ejercicio legítimo de sus facultades conservadoras cuyo sentido histórico y jurídico fue precisamente entregarle a este Poder del Estado, como función conexas relevante, la de asegurar el respeto de las garantías y derechos que la Carta Fundamental contempla en favor de las personas;”. Publicada en: *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 19, núm. 2 (2006), pp. 257-264, con comentario de J.C. Ferrada.

Ahora bien, si se analizan fríamente las afirmaciones de los autores que defienden el concepto de facultades conservadoras al hilo de las categorías ortodoxas del Derecho procesal, se llega a la conclusión de que realmente carecen de sentido y que en el estadio actual de desarrollo del Derecho procesal chileno no se justifica su uso. Entonces, la única explicación razonable es que dicha expresión obedece un resabio de carácter histórico<sup>49</sup>, y en realidad, nada hay en ella que no se encuentre presente en el concepto ordinario de jurisdicción. En este sentido, aparentemente aquello que dichos autores denominan jurisdicción conservadora no es otra cosa que la potestad cautelar, es decir, la facultad para que en el marco de un procedimiento los tribunales puedan decretar medidas para asegurar el resultado de la acción principal; potestad que incluso en algunos casos en Chile se expresa a través de procedimientos autónomos, como por ejemplo, los interdictos posesorios de los artículos 916 y siguientes del Código Civil, cuya interposición deja a salvo la posibilidad de discutir posteriormente el dominio<sup>50</sup>.

A la luz de lo señalado en el párrafo anterior, sería bastante ingenuo pensar que la defensa de las denominadas facultades conservadoras

---

<sup>49</sup> Según Daniela Kompatzki, la expresión “facultades conservadoras” se remonta a la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 1875, pero en realidad sus primeros antecedentes los encontramos en el Derecho indiano. En esta época, se fue desarrollando paulatinamente ante la Real Audiencia un procedimiento llamado recurso de protección, derivado del recurso de fuerza, que se entendía como una actuación no judicial por parte del Monarca en orden a proteger a sus súbditos de las opresiones de las personas poderosas. Véase al respecto: Kompatzki, D., *El recurso de protección y las denominadas facultades conservadoras de los tribunales de justicia*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Valdivia (2004), inédito, p. 19. Muy resumidamente, el argumento que vincula estos dos periodos es el siguiente: en la Constitución de 1823 se radica dicha atribución en los tribunales de justicia (art. 116), pero la Carta de 1833 se la entrega luego al Consejo de Estado (art. 104 N° 4), y además crea al efecto, un órgano denominado Comisión Conservadora (arts. 57 y 58), formado por siete Senadores y que sesionaba durante el periodo de receso parlamentario. En definitiva, es la mencionada Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 1875 (para entendernos, la primera ley orgánica de tribunales), la que entrega esa atribución a la Corte Suprema acuñando la mencionada expresión. Así las cosas, esta norma pasó de forma inalterada a la Constitución de 1925 y posteriormente a la actual.

<sup>50</sup> Cfr. Peñailillo, D., *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile (1997), p. 384.

responde únicamente a un desconocimiento, por parte de profesores de Derecho público, de la teoría contemporánea del proceso. Por lo mismo, no es exagerado levantar la sospecha que quienes argumentan a favor de un concepto de jurisdicción tan difuso están pensando en algo que va más allá de simples medidas o procedimientos cautelares. La explicación creemos es sencilla: lo que se busca es construir un concepto de proceso cautelar que signifique una especie de carta blanca para justificar la existencia de procedimientos que no cumplen con los estándares mínimos que actualmente exige el Derecho procesal. Retomaremos esta cuestión cuando analicemos en detalle el recurso de protección. De momento, es interesante señalar que es justamente durante la dictadura de Pinochet donde la idea de la jurisdicción conservadora vuelve a tomar fuerza. Justamente a propósito de su principal creación jurídica: el recurso de protección.

Ahora bien, decíamos que esto es de suma relevancia para nuestra investigación. En efecto, creemos que esta idea de la existencia de una clase de jurisdicción con las características antes señaladas es sumamente peligrosa, pues con ella se corre el riesgo de enterrar siglos de evolución en la manera cómo el Estado imparte justicia. Pero además, incluso desde la óptica de las mismas garantías procesales que establece la Constitución nos parece desde ya interdicta. Es decir, en virtud de lo dispuesto por el artículo 19 N° 3 inciso 6°, la actividad jurisdiccional no puede ser prestada por el órgano competente de cualquier manera, sino que se deben cumplir con ciertos parámetros como *condictio sine qua non*. Al respecto, la Carta de 1980 establece dos requisitos ineludibles en la mencionada norma: primero, que: “[t]oda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado” y, segundo, que dicho procedimiento debe ser “racional y justo”.

Sin perjuicio de que la Constitución presenta una serie de carencias al reconocer los derechos fundamentales de contenido procesal, es innegable desde cualquier punto de vista, que el artículo 19 N° 3 viene a complementar el viejo concepto de jurisdicción que había permanecido inalterado desde su consagración original en el artículo 108 de la Constitución de 1833 y que ha sido largamente

reiterado de manera acrítica por la doctrina procesal<sup>51</sup>, y lo hace añadiendo a éste un contenido material. De esta manera, la Constitución de 1980 es categórica al hablar de la garantía jurisdiccional, cuando señala que ésta se debe realizar en virtud de un proceso previo y que éste debe estar diseñado en base a unos estándares mínimos de racionalidad y justicia.

Así las cosas, se podría formular un concepto de actividad jurisdiccional en el Derecho chileno, como aquella actividad estatal, realizada por los Tribunales de Justicia en sentido amplio, que tiene por finalidad resolver los conflictos de relevancia jurídica entre partes a través de un proceso racional y justo.

### **1.3 Formas de articular la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales: las garantías subjetivas y objetivas**

Partiendo de la base de que la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales es aquella proporcionada a través del ejercicio de una determinada actividad y bajo ciertas condiciones por los tribunales de justicia, pareciera ser que ésta posee una estructura bastante simple. Nada más equivocado. De un rápido examen, ya sea comparado o de Derecho nacional, podemos constatar que sus manifestaciones concretas son más bien diversas.

La doctrina, en el afán por entender cabalmente este fenómeno jurídico, ha realizado una completa taxonomía y suele distinguir dos grandes categorías, que a su vez permiten agrupar varias subespecies: los mecanismos de carácter subjetivo y los de carácter objetivo. *Grosso modo*, los primeros dicen relación con concebir a los derechos fundamentales como derechos subjetivos, los segundos

---

<sup>51</sup> La única alteración que se puede observar es que tanto la disposición original, como la que le sucedió, contenida en el artículo 80 de la Constitución de 1925, estaban escritas en la ortografía del idioma español propuesta por Andrés Bello, que tuvo carácter oficial en Chile hasta el año 1927, cuando fue sustituida por la reglada por la Real Academia española de la Lengua.

no son sino la consecuencia lógica que se deriva de la síntesis de dos ideas: la primera, la especial posición que ocupan los derechos fundamentales dentro del sistema de fuentes, y la segunda, la existencia de Constituciones cuyas normas se aplican de manera directa.

Sobre estas dos grandes maneras de tutelar los derechos fundamentales se ha dicho bastante. Por cierto, no pretendemos acá reeditar todo lo que se ha escrito. Nuestro objetivo es simplemente formular un par de comentarios que luego nos resulten útiles para realizar nuestro análisis centrado en el Derecho chileno.

#### **1.4 Los derechos fundamentales como derechos subjetivos: concepto y clasificaciones.**

Las garantías subjetivas dicen relación con todos aquellos mecanismos que tienen por finalidad reparar una vulneración concreta de un derecho que ha sufrido un particular. En definitiva, lo que se busca es la protección de derechos e individuos concretos frente a actuaciones de los poderes públicos restableciendo el derecho vulnerado. Como señala Garrido, en este caso “la garantía se activa por sujetos de Derecho que inician para su defensa un proceso jurisdiccional en el que se decide sobre derechos e intereses específicos”<sup>52</sup>. La idea es bastante simple: si a un ciudadano el Estado le vulnera uno de esos derechos denominados fundamentales, éste último incurre en responsabilidad para con ese ciudadano.

La idea de los derechos fundamentales como derechos subjetivos es tan antigua como el concepto mismo de derecho fundamental (o más correctamente de derecho individual) y se encuentra íntimamente ligada a la invención del concepto de “sujeto de Derecho”. En efecto, en el iusnaturalismo moderno al ser humano se le “remiten unos derechos simplemente por el hecho de ser

---

<sup>52</sup> Garrido, M., *Derechos fundamentales y Estado social y democrático de Derecho*, Dilex S.L., Madrid (2007), p.166.



hombre”<sup>53</sup>, y a pesar de lo problemática que resulta esta idea, seguimos aún conviviendo con ella porque sencillamente no se ha inventado otra mejor, o tal vez porque vivimos influenciados por la idea del individualismo como la premisa que está detrás de muchas de nuestras instituciones jurídicas.

De cualquier modo, la importancia que la garantía subjetiva tiene en la actualidad para el constitucionalismo es innegable, y en este sentido su utilización es universal. Para comprobarlo, basta con constatar el prolífico crecimiento y diversificación de instrumentos de esta naturaleza en muchos países, así como el constante aumento de la actividad jurisdiccional, ya sea tanto de los jueces ordinarios como de los constitucionales<sup>54</sup>. Esta creciente diversificación de las garantías subjetivas ha dado lugar a un amplio y heterogéneo elenco de acciones y procedimientos, lo que vuelve complejo su sistematización bajo un único punto de vista. De todas formas, resulta interesante comentar algunos de los tipos más frecuentes, con el objeto de luego utilizarlos en la caracterización de los mecanismos específicos que existen en Chile.

Uno de los criterios más recurrentes usados por la doctrina para clasificar las garantías subjetivas, consiste en diferenciar entre ellas en consideración a la naturaleza del órgano jurisdiccional encargado de la tutela. Así por ejemplo, puede distinguirse entre la protección proporcionada por el juez ordinario, la garantía de los derechos por la jurisdicción constitucional y la protección transnacional de los derechos<sup>55</sup>. De todas maneras, se debe señalar que este criterio es relativo, salvo en lo que concierne a la jurisdicción internacional, pues la distinción entre la jurisdicción ordinaria y constitucional no siempre es clara en todos los países; así por ejemplo EEUU no existe una separación orgánica entre ambas y es el mismo poder judicial a través de los procedimientos ordinarios quien se encarga

---

<sup>53</sup> Zarka, Y., “La invención del concepto de sujeto de derecho”, en Zarka, Y., *La otra vía de la subjetividad*, Dykinson - Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III, Madrid (2006), p. 18.

<sup>54</sup> Cfr. Rolla, G., “Las perspectivas de los derechos de la persona a la luz de las recientes tendencias constitucionales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 54 (1998), p. 59.

<sup>55</sup> Cfr. Fernández, F., “Los sistemas de garantías jurisdiccionales de los derechos”, en AAVV, *Manuel Fraga. Homenaje académico*, tomo I, Fundación Cánovas del Castillo, Madrid (1997), p. 472.

de asegurar los derechos en virtud del artículo III, sección 2 de la Constitución. De todas formas, esta clasificación sí es muy importante en el ordenamiento jurídico chileno, que como veremos luego utiliza de manera recurrente la distinción entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria a la hora de articular las distintas alternativas de protección.

Otro criterio de clasificación, dice relación con el ámbito de aplicación de los diferentes procedimientos y distingue entre mecanismos generales y especiales. Los primeros son aquellos que son idóneos para tutelar todos los derechos fundamentales existentes en un ordenamiento jurídico. Los segundos, están circunscritos a ámbitos más específicos: o protegen sólo algunos derechos, o están restringidos a formas concretas de vulneración o están limitados *ratione materiae*. El típico ejemplo de la primera situación es el *habeas corpus*. En el segundo caso, se puede citar el *writ of injunction* del Derecho anglosajón. El tercero es el caso del denominado amparo judicial u ordinario del art. 53.2 de la Constitución Española<sup>56</sup>. Además se debe señalar, que en el caso de los procedimientos especiales, éstos se pueden configurar en base a una sola de estas categorías o combinando varias de ellas. Por ejemplo, el procedimiento de tutela de derechos fundamentales en materia laboral del Derecho chileno es un procedimiento especial en base a las tres consideraciones antes señaladas: en primer lugar es un procedimiento especial *ratione materiae*; en segundo lugar, lo es en función de los derechos que protege, pues no todos los derechos fundamentales que se puedan vulnerar en el marco de una relación laboral son susceptibles de ser amparados por esa vía<sup>57</sup>; y en tercer

---

<sup>56</sup> Fernández, F., “Los sistemas...”, Cit., p.472.

<sup>57</sup> El artículo 485 del Código del Trabajo chileno establece que: “El procedimiento contenido en este Párrafo se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números 1º, inciso primero, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4º, 5º, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6º, inciso primero, 12º, inciso primero, y 16º, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador.

lugar, lo es porque solo es procedente frente a formas específicas de vulneración<sup>58</sup>.

Un último criterio de clasificación que comentaremos debido a que en el caso chileno adquiere una tremenda importancia, consiste en distinguir entre procedimientos formales e informales. Esta es una clasificación la verdad bien difusa (y que a primera vista puede resultar extraña), donde no existe una frontera clara entre lo formal y lo informal. Por supuesto que habrá casos paradigmáticos en cada uno de los extremos, pero en la zona intermedia el apelativo de formal o informal está fuertemente influenciado por cuestiones valorativas. En el caso de los derechos fundamentales, debido a la frecuente urgencia que implica operar con bienes jurídicos de primer orden, en ocasiones los ordenamientos jurídicos contemplan procesos jurisdiccionales que buscan que el acceso al tribunal se produzca de la manera más expedita posible, y el tiempo de respuesta del órgano jurisdiccional se acorte considerablemente. Ello se consigue simplificando la estructura procesal. Esta decisión no es gratuita, pues normalmente conlleva un sacrificio desde el punto de la seguridad jurídica, pues para lograr más eficacia se debe dotar al juez de mayores atribuciones como sucedáneo de las normas procesales escritas. Por esta razón, la menor formalidad suele ir acompañada de alguna modalidad de cognición limitada, como la sumariedad, pero también normalmente va acompañada de un ámbito amplio de discrecionalidad judicial. Bajo estas coordenadas, existen en Derecho comparado determinadas acciones de cognición limitada que tienen como finalidad poner coto de una manera rápida y eficaz a una vulneración de un derecho fundamental. Un buen ejemplo, es el *référé-liberté fondamentale*

---

También se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2° de este Código, con excepción de los contemplados en su inciso sexto”.

<sup>58</sup> El mismo cuerpo legal dispone que: “Se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales”.

del Derecho francés<sup>59</sup>. No obstante, ha sido en Latinoamérica donde ha proliferado una tipología bastante amplia de procedimientos sumarios y desformalizados que tienen por finalidad una protección específica y exclusiva de los derechos fundamentales<sup>60</sup>. Ejemplos claros de esta situación son el juicio de amparo mexicano, la acción de amparo venezolana, el *mandado de segurança* brasileño y el recurso de protección chileno. A raíz de su elevado coste en términos de seguridad jurídica, no está demás recalcar que su utilización se debería restringir a situaciones más bien excepcionales y bajo estrictas condiciones de procedencia. Ya tendremos ocasión de desarrollar esta idea, sobre todo porque en el Derecho chileno, los procedimientos desformalizados ocupan un papel preponderante en la tutela de los derechos.

Hecha esta breve taxonomía, podemos concluir que existe una gran variedad de formas de tutela jurisdiccional subjetiva de los derechos fundamentales. Todas ellas suponen que existe un objeto a garantizar. Es obvio que es allí donde se encuentra el elemento común a todas ellas: ese es justamente el concepto de derecho público subjetivo. Sin embargo esta es una noción sumamente problemática, que convierte a la tutela jurisdiccional de los derechos en una tarea de suyo compleja.

## **1.5 Los derechos fundamentales como derechos subjetivos: algunas cuestiones problemáticas**

A pesar de que la noción de derecho subjetivo es problemática en términos teóricos, existe una larga tradición de pensamiento que vincula a los derechos fundamentales con las formas de razonamiento y aplicación típicas del Derecho privado. Sin embargo, se suele olvidar por los iuspublicistas que la afirmación de que los derechos fundamentales son estructuralmente derechos subjetivos debe ser tomada a beneficio de inventario, pues ellos no

---

<sup>59</sup>Véase al respecto: Le BOT, O., *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté*, Fondation Varenne, s.l., (2007).

<sup>60</sup> Cfr. Brewer-Carías, A., “Les garanties constitutionnelles des droits de l’homme dans les pays de l’Amérique Latine », en *Idem, Etudes de droit public compare*, Bruylant, Bruselas (2001), pp. 375 – 350.

pueden ser derechos subjetivos en el mismo sentido de los derechos subjetivos privados, debido a que existen diferencias importantes entre unos y otros en cuanto a las características de los enunciados lingüísticos propios de cada categoría. Ya diremos algo sobre esto.

En general, en teoría del Derecho existe consenso en relación a qué es lo que significa en la práctica ser titular de un derecho subjetivo. Esta cuestión ha quedado más o menos clara, a partir de los estudios de Wesley N. Hohfeld, y hoy es generalmente aceptado que los derechos subjetivos confieren a su titular situaciones jurídicas favorables que son susceptibles de ser invocadas jurisdiccionalmente ante los tribunales<sup>61</sup>. En síntesis, en el análisis de Hohfeld se habla de que un derecho subjetivo puede dar lugar a cuatro tipos de posiciones jurídicas entre los sujetos involucrados en la relación jurídica: *right* (derecho), *duty* (deber), *no-right* (no derecho), *Power* (competencia)<sup>62</sup>. En otras palabras, un derecho subjetivo consiste en una determinada facultad para conseguir que alguien realice o no realice de manera compulsiva un determinado comportamiento. Como sabemos, esta es la misma idea que los tribunales chilenos tienen acerca de la manera cómo funcionan los derechos fundamentales, con la particularidad de que en este caso el obligado será siempre el Estado<sup>63</sup>. En otras palabras, un derecho fundamental permite a su titular conseguir que el Estado se abstenga de realizar una determinada acción o realice una prestación a favor de una persona<sup>64</sup>.

Pero bien, decíamos que los derechos fundamentales difieren ostensiblemente de los derechos subjetivos sin más, en la medida en que no siempre es sencillo conocer de la sola lectura de la norma constitucional las facultades subjetivas (*right, duty, no-right, power*) que implica el derecho en cuestión. En efecto, los autores han

---

<sup>61</sup>Cfr. Hohfeld, W. N., “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, en *Yale Law Journal*, núm. 26 (1916-17), pp. 710 -770.

<sup>62</sup> *Ibidem*.

<sup>63</sup>Sin perjuicio del debate en torno a la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. Al respecto, véase: Ferreres, V., “La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares”, en AAVV, *Los derechos fundamentales*, SELA – Ediciones del Puerto s.r.l. (2003), pp. 41-52.

<sup>64</sup> Por todos: Hesse, C., “Significado de los derechos fundamentales”, en Benda et al., *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid (2001), pp. 90-91.

utilizado diversas nomenclaturas para explicar esta característica de los enunciados lingüísticos que reconocen derechos fundamentales. Por ejemplo, Zucca la denomina la “generalidad de los derechos”<sup>65</sup>, Ferreres se refiere a ella como la “ambigüedad y vaguedad de los enunciados”<sup>66</sup> y Gozzi, en la que para nuestro gusto es la metáfora más gráfica, prefiere hablar de “*incompletezza*” de los derechos fundamentales<sup>67</sup>. Cualquiera sea la expresión que se prefiera, todas ellas dejan en evidencia que en dichos enunciados lingüísticos existen ciertos datos que la misma norma no proporciona. Esto es crucial a la hora de pensar en garantizar derechos fundamentales. En la medida que éstos constituyen un sistema abierto, en la mayoría de la veces no es posible saber con precisión cuáles son todos supuestos regulados y/o la consecuencia jurídica que en cada uno de esos casos corresponde ante su vulneración. En este sentido, para poder aplicarlos a un caso concreto, se requiere de un ejercicio de determinación o especificación del contenido de los derechos<sup>68</sup>.

Este solo hecho ha convertido la aplicación judicial de los derechos en una operación tremendamente compleja desde el punto de vista de los esquemas tradicionales de razonamiento judicial y también desde la lógica del principio de separación de poderes y del Estado de Derecho. Frente a este problema una de las soluciones que la dogmática constitucional ha construido es la figura de la reserva legal, es decir, es al legislador democrático a quien corresponde realizar dicha labor de especificación constitucional con carácter exclusivo. De esta manera, el juez que aplique directamente la Constitución tendrá a su disposición una regla de Derecho más precisa y con un contenido predeterminado. Con esta solución, se reduce considerablemente la discreción judicial en la aplicación de la norma y el juez se mantiene en su tradicional papel de órgano que aplica el Derecho creado por el poder legislativo.

---

<sup>65</sup> Zucca, L., *Constitutional Dilemmas. Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and USA*, Oxford University Press, Nueva York (2007), p.7.

<sup>66</sup> Ferreres, V., *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid (1997), pp.19-24.

<sup>67</sup> Gozzi, G., *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Editori Laterza, Bari (1999), pp. 270 – 272.

<sup>68</sup> Cfr. Moreso, J., “Sobre los conflictos entre derechos”, en Carbonell, M (coord.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid (2005), p.166.

La anterior, fue la respuesta decimonónica que emana luego de la Revolución Francesa en Europa continental. Como recuerda Zagrebelsky, “los derechos no consistían en una ‘sustancia’ sino en una simple ‘forma’ jurídica, la forma de la ley. La garantía de los derechos se reducía a la ‘reserva de ley’<sup>69</sup>. No obstante, el constitucionalismo contemporáneo igualmente pone al legislador dentro de la categoría de sospechoso de vulnerar los derechos, por lo que esta respuesta hoy en día solo puede considerarse parcialmente correcta. Es decir, el legislador democrático también puede lesionar los derechos en cumplimiento de dicha función de especificar su contenido. Es aquí donde entran en juego las garantías objetivas.

## **1.6 La garantía objetiva de los derechos fundamentales**

La garantía objetiva deriva de la especial posición de jerarquía de los derechos fundamentales respecto del resto de las normas del ordenamiento jurídico. La importancia de esta situación es destacada por Modugno, quien señala que “el solo reconocimiento de los derechos fundamentales en el contexto de una Constitución normativa y garantizada es la primera y más inmediata de las garantías”<sup>70</sup>. Ello se explica, debido a que su consagración en la norma más importante del sistema, tiene como efecto práctico que los derechos fundamentales se van a beneficiar del principio de supremacía constitucional, y en consecuencia, también podrán utilizarse en su defensa todos los mecanismos generales que permiten asegurar la supremacía constitucional.

La garantía objetiva surge como respuesta a una necesidad: abarcar determinados ámbitos de protección que la garantía subjetiva no cubre, en especial con ocasión de la actividad regulativa que realiza el legislador. Como bien señalan Pérez y Revenga, con la idea de tutela objetiva, “[e]l punto de vista del derecho fundamental como interés individual jurídicamente protegido –que es el de la vieja

---

<sup>69</sup> Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil*, 8ª edición, Trotta, Madrid (2008), p. 48.

<sup>70</sup> Modugno, F., *Lineamenti di Teoria del Diritto oggetivo*, Giappichelli Editore, Turín (2009), p. 87.

teoría del derecho subjetivo- no permite captar la dimensión de los derechos como elementos que cualifican y otorgan un determinado sesgo al sistema político”<sup>71</sup>. En efecto, la vertiente objetiva de los derechos viene a modificar el mismo concepto de derecho fundamental, pero también pone de manifiesto el desafío de elaborar nuevos mecanismos de garantías.

Lo anterior quiere decir que los derechos fundamentales por tener la categoría de normas constitucionales se benefician de las mismas ventajas que el resto del texto de la norma fundamental, concretamente del principio de supremacía constitucional. Por tanto, el legislador cuando realice la función de desarrollar los derechos, podrá delimitarlos pero no limitarlos. Desde luego, que para que un mecanismo de estas características resulte, debemos dar por descontado que los derechos existen objetivamente. Todo esto suena tautológico, pero luego veremos que es una cuestión bastante más abstrusa de lo que parece. Pero antes hagamos un poco de historia, ello nos permitirá entender el origen de esta institución.

La garantía objetiva de los derechos fundamentales es un concepto que responde a un desarrollo relativamente reciente, pues se trata de una creación jurídica alemana que nace en la época de la segunda posguerra, y que solo en los últimos treinta años ha gozado de gran difusión en el Derecho comparado. En este sentido, explica Ehlers, que para poder otorgar a los derechos la mayor eficacia posible, “el Tribunal Constitucional Federal alemán desde temprano les ha atribuido diferentes dimensiones. En este contexto, dicho tribunal ha dejado muy en claro que los derechos fundamentales contienen también demandas objetivas de comportamiento que se suman a las garantías subjetivas y las refuerzan”<sup>72</sup>.

Al respecto, no cabe ninguna duda de que el hito fundacional de esta doctrina se encuentra en el célebre caso Lüth<sup>73</sup>. La relevancia

---

<sup>71</sup> Pérez Tremps, P. y Revenga, M., “La protección de los derechos fundamentales en España”, en Pajares, E. (coord.), *La protección de los derechos fundamentales en Brasil, Colombia y España*, Tirant lo Blanch-Instituto de Derecho Público Comparado Universidad Carlos III, Valencia (2005), p. 19.

<sup>72</sup> Ehlers, D., “La protección de los derechos fundamentales en Europa. Una contribución desde la perspectiva alemana”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 77 (2006), p. 32.

<sup>73</sup> BVerfGE 7, 198 (205).



de dicha sentencia es tal, que Casper la ha calificado como “la sentencia más importante en la historia del Tribunal Constitucional Alemán”<sup>74</sup>. La idea básica que ésta expresa es, que si bien los derechos fundamentales son primariamente derechos del ciudadano frente al Estado, también encarnan un sistema objetivo de valores, que se tomará como base constitucional para la determinación de todos los ámbitos del Derecho. Desde esta perspectiva, ninguna disposición de Derecho privado puede contradecirlos, debiendo ser interpretados de acuerdo con este espíritu. Esta característica es denominada también efecto de irradiación de los derechos fundamentales, pues éstos “representan un orden valorativo objetivo que, en tanto decisión básica de Derecho constitucional, es válida para la legislación, la administración y la jurisdicción”<sup>75</sup>.

Luego de la segunda guerra mundial, estas ideas fueron acogidas masivamente, pero también de manera acrítica por las diferentes Constituciones europeas. En realidad, el problema de la garantía objetiva de los derechos fundamentales había sido uno de los grandes debates en Alemania en la época de la Constitución de Weimar, con las consecuencias ya sabidas por todos<sup>76</sup>. Es que en efecto, garantizar algo que se llame “orden valorativo objetivo” no es una tarea para nada fácil. El principal crítico del constitucionalismo liberal de la época, Carl Schmitt, hace presente esta circunstancia como un verdadero punto débil de la Constitución de Weimar, la que expresaba que los derechos fundamentales son absolutos, pero que al mismo tiempo para dotar de contenido a dichos derechos, en gran cantidad de ocasiones termina invocando al legislador, por lo que muchas veces “su contenido y límites resultan de las leyes”<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> Casper, G., “The ‘Karlsruhe Republic – Keynote Address at the State Ceremony Celebrating the 50th Anniversary of the Federal Constitutional Court”, en *German Law Journal*, vol. 2, núm. 18 (2001), [versión electrónica].

<sup>75</sup> Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª edición, CEPC, Madrid (2007), p. 465.

<sup>76</sup> Cfr. Böckenförde, E.W., “Cómo se interpretan en el derecho constitucional alemán los derechos fundamentales” en Fernández, F. (coord.) *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Dykinson, Madrid (2008), pp. 415-432.

<sup>77</sup> Cfr. Schmitt, C., *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid (1982), p. 72.

Para establecer una barrera efectiva frente a las amenazas del legislador (y no nos olvidemos, también para que funcionen como derechos subjetivos), se requiere entonces que los derechos puedan dar pie a una decisión racional a la hora de determinar su contenido específico, pues de lo contrario lo único que se produce es un mero desplazamiento desde el legislador a los jueces, respecto de quién tiene la competencia para adoptar decisiones con contenido político, las que en una sociedad democrática deben ser adoptadas por el cuerpo político y no por funcionarios que carecen de la debida legitimidad en términos de representatividad. En otras palabras, quien defienda la idea de una especificación objetiva de la Constitución como algo verdaderamente objetivo (aquí valga la redundancia), debe estar en condición de responder los múltiples interrogantes que ello plantea, por ejemplo: que es aquello que las Constituciones denominan contenido esencial, con qué fundamentos hacemos decir cosas a la Constitución en cuestiones donde ésta guarda silencio o incluso donde se encuentra el fundamento último de la decisión judicial que entra a resolver cuáles son los principios más valiosos en base a los cuáles se asienta la convivencia social.

## **1.7 La especificación constitucional y el contenido de los derechos**

El dramático colapso de la Constitución de Weimar fue un duro llamado de atención sobre los peligros que puede significar el legislador para los derechos, y tuvo como consecuencia el abandono definitivo en Europa de la asunción de la ley como una garantía por sí sola para el ciudadano. A pesar de que hoy nadie discute que el legislador constituye un órgano absolutamente necesario para la supervivencia de los derechos, al mismo tiempo sigue siendo uno de los sospechosos de su vulneración; he aquí donde radica justamente la complejidad. Este nudo gordiano del constitucionalismo contemporáneo, se expresa con toda claridad en el hecho de que “[l]as leyes, sin duda alguna han de respetar, porque así lo impone el principio de constitucionalidad, los derechos fundamentales, pero éstos -que existen en el sistema de límites que es todo

ordenamiento- son también lo que las leyes dicen que son”<sup>78</sup>. Parece increíble, pero a pesar de todo no hemos podido escapar de la amenaza que medio siglo antes ya había formulado Carl Schmitt.

Como ya hemos señalado, tanto las garantías subjetivas como las objetivas han ido surgiendo en sus diferentes formas debido a especiales necesidades de protección<sup>79</sup>. Esto se explica porque los derechos fundamentales entendidos como derechos subjetivos necesitan ser desarrollados, aunque en una democracia constitucional no es indiferente la forma de hacerlo. Este desarrollo se debe realizar en un espacio compartido en el que intervienen el legislador y los jueces, en el que ninguno posee por sí solo el poder soberano y en el que ambos cumplen funciones diferentes.

Tradicionalmente, a la hora de desarrollar los derechos fundamentales, la apuesta ha estado centrada en su contenido. Con este objetivo, se ha buscado configurar un diseño institucional que impida la posibilidad de vaciamiento por el legislador y asegure un contenido mínimo de derecho objetivo, pero que también permita el desarrollo por parte de éste en colaboración con los tribunales de las normas sobre derechos fundamentales. Esta solución consiste en concebir que dentro del contenido de los derechos existe una parte irreductible que el legislador en ningún caso puede traspasar y quien se encarga de controlar que ello no suceda es la jurisdicción constitucional. De esta manera, hoy es completamente normal que las diversas Constituciones europeas y también aquellas que reciben la directa influencia de éstas como las latinoamericanas, contemplen la garantía del contenido esencial. La chilena hace lo propio en su artículo 19 N° 26.

Nosotros defenderemos aquí una solución distinta. Creemos que el intento por dotar de un contenido a los derechos fundamentales que luego pueda ser desarrollado racionalmente debe ser abandonado como regla de delimitación de competencia entre juez y legislador. La razón está dada porque existe una importante crítica que apunta

---

<sup>78</sup> Jiménez, J., “El legislador de los derechos fundamentales”, en AAVV, *Estudios en homenaje a Ignacio de Otto*, Servicio de publicaciones Universidad de Oviedo, Oviedo (1993), p. 481.

<sup>79</sup> Cfr. Grimm, D., “¿Retorno a la comprensión liberal de los derechos fundamentales?”, en Grimm, D., *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid (2006), pp. 155-174.

sus dardos al corazón de este intento, y que en definitiva, termina por derrumbarlo. En síntesis, la crítica expresa que el proceso de especificación de los derechos fundamentales ha terminado por dar primacía a los jueces por sobre el legislador<sup>80</sup>. Ello es problemático en una democracia, pues el juez frente a la norma constitucional se enfrenta a la indeterminación semántica, y por lo tanto, la pregunta que surge es si el ámbito de certeza que poseen los enunciados constitucionales que reconocen derechos es suficiente para seguir hablando de derechos en el sentido objetivo del término, o finalmente el constitucionalismo de nuestros días lo único que hace es desplazar el nivel de decisión política desde el legislador al juez<sup>81</sup>.

La cuestión ha sido poco abordada en Chile<sup>82</sup> y en el Derecho europeo la preocupación no es tan antigua<sup>83</sup>. Si es verdad que la solución centrada en el contenido de los derechos no funciona como un límite claro para delimitar la competencia entre juez y legislador, sería mejor poner una nota de sinceridad y reconocer que la labor del juez constitucional es igual de política que la del legislador, y entonces, valdría la pena trabajar en un diseño institucional para que su labor sea consecuente con el resto de instituciones como la democracia o la división de poderes, que tienen el mismo propósito de los derechos fundamentales: asegurar la libertad del ciudadano frente al poder del Estado. En resumidas cuentas, todo esto quiere decir que no cualquier modelo de especificación constitucional debería ser aceptado desde la perspectiva del Estado constitucional

---

<sup>80</sup> Por todos: Cfr. Bellamy, R., *Ob. Cit.*, pp. 26 y ss.

<sup>81</sup> Cfr. Zagrebelsky, G., *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bolonia, (2008), pp. 377 y ss.

<sup>82</sup> Con las excepciones de Fernando Atria y Patricio Zapata. Respecto del primero véanse: Atria, F., “El Tribunal Constitucional y la objeción democrática”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20 núms. 2-3, tomo I (1993), pp. 367-378; Atria, F., “Revisión judicial: el síndrome de la víctima insatisfecha”, en *Estudios Públicos*, núm. 79 (2009), pp. 347-402; Atria, F., “Inaplicabilidad y coherencia: contra la ideología del legalismo”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 12 (2001), pp. 119-156. Sobre el segundo véase: Zapata, P., *Justicia Constitucional. Teoría y Práctica en el Derecho comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile (2008), *passim*.

<sup>83</sup> Referencia obligada en castellano son: Bayón, J.C., “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en Carbonell, M. y García, L. (coords.), *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid (2010), pp. 285-355. y Ferreres, V., *Justicia Constitucional...*, Cit., *passim*.

de Derecho, sobre todo porque uno de sus principios básicos en los que se funda es el de la interdicción de la arbitrariedad del poder.

En este sentido, nuestro objetivo es explicar en el apartado siguiente por qué las críticas que se dirigen contra el modelo que hemos denominado racional o fundado en el contenido son verdaderas. Acto seguido intentaremos discutir los cimientos de un modelo que provisionalmente denominaremos “centrado en la garantía”, que abandona la creencia de que el juez tiene la última palabra porque es capaz de explicar racionalmente el contenido de los derechos como límites al poder, y por lo mismo es capaz de retroceder en ocasiones frente a la regla de la mayoría. Todo esto supone una propuesta de carácter normativo sobre cómo configurar de una manera más razonable la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico chileno.

Nótese que hemos preferido utilizar la palabra razonable, en vez de racional. Ello ha sido completamente intencionado. En el Derecho chileno la aplicación de los derechos fundamentales se ha hecho en gran medida de una manera absolutamente pedestre. Históricamente en los tribunales nacionales han predominado criterios como el de la subsunción directa o el de la jerarquía entre derechos fundamentales. La práctica ha demostrado que estos esquemas han resultado un completo fracaso. Sin perjuicio de ello, en los últimos años una nueva tesis se ha ido instalando progresivamente en los tribunales. Se trata de la vieja teoría estadounidense del *balancing*, pero ahora en una versión europea. En concreto, ha sido el trabajo de Robert Alexy el que ha gozado de mayor difusión en Chile a partir de la traducción al español de Ernesto Garzón y hoy en día muchos de los esfuerzos por aplicar judicialmente la Constitución están depositados en esta teoría. Nosotros a continuación discutiremos estas ideas, las que en función de su éxito a nivel comparado revisten especial interés.

## 1.8 La ponderación como solución inadecuada al problema de la especificación constitucional

Entonces, la cuestión que nos ocupa en este capítulo la podríamos reformular en los siguientes términos: ¿es posible garantizar los derechos fundamentales teniendo en cuenta su acusada falta de determinación normativa, sin caer en el mero decisionismo judicial? Si la respuesta es que sí, entonces la especificación constitucional será una cuestión más bien técnica y el problema se solucionará entrenando a los jueces para que sean más eficaces descubriendo los contornos de aquellas esencias ideales que denominamos derechos. Si la respuesta es que no, habría que repensarse seriamente la idea de las constituciones normativas y garantizadas. La razón ya la sabemos: su indudable costo democrático.

La verdad es que la preocupación por la discreción judicial ha sido desde siempre uno de los debates ineludibles para la ciencia jurídica. Al respecto, en la filosofía del Derecho las dos respuestas más famosas a esta pregunta se expresan en las teorías de Hart y Dworkin. La primera de ellas renuncia directamente a la certeza absoluta, al afirmar que invariablemente existe una suerte de “zona de penumbra” en la que el juez es soberano para crear la regla de Derecho que resuelve el caso concreto, la que se obtiene en base a criterios extrajurídicos<sup>84</sup>; la segunda descansa en la idea de que el Derecho nunca puede ser indeterminado y que siempre existe una única respuesta correcta. Al respecto es bastante conocida la metáfora dworkiniana del juez Hércules<sup>85</sup>. Si la tesis de Dworkin es verdadera, no hay ningún peligro en dejar en manos de los jueces cuestiones que inciden de manera directa en nuestra vida cotidiana.

En materia de derechos fundamentales, la versión de esta teoría que ha gozado de mayor reconocimiento entre nosotros es la de Robert Alexy<sup>86</sup>. La idea central sobre la que descansa es que los derechos fundamentales son normas que poseen la estructura de principios. Esto significa que a la hora de aplicarlos siempre se debe buscar el mayor grado de realización que permitan las circunstancias fácticas

---

<sup>84</sup> Hart, H. L. A., *El concepto...* Cit., p.155 y ss.

<sup>85</sup> Dworkin, R., *Los derechos...*, Cit., p. 177.

<sup>86</sup> Alexy, R., *Teoría...*, Cit., *passim*.

y jurídicas que rodean el caso concreto<sup>87</sup>. No viene al caso aquí analizar en detalle la teoría de Alexy. Lo que es sumamente relevante para nuestro estudio, es que la circunstancia de que los derechos fundamentales sean principios implica para él una conexión necesaria entre éstos y la ponderación como mecanismo racional de aplicación, lo que por ende, justificaría la tesis de la racionalidad de la respuesta judicial. Trataremos de explicar en breves palabras la defensa que el autor alemán realiza de su teoría, entendiendo que estas ideas son ya conocidas por todos.

La pretensión central de Alexy es que la aplicación del principio de proporcionalidad en el razonamiento judicial asegura la racionalidad en la respuesta del juez frente al desafío de especificar los derechos. Este principio se sintetiza en el siguiente enunciado: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”<sup>88</sup>. De acuerdo con esto, en la ponderación la medida permitida de no satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro. Ello, según Alexy, pone de manifiesto que el peso de los principios no es determinable en sí mismo o absolutamente, sino que siempre puede hablarse tan sólo de pesos relativos<sup>89</sup>. Son solo las circunstancias del caso concreto las que determinan la dirección en la que deben moverse los principios y también el peso relativo que adquieren en la especie. Por esta razón, para Alexy, el resultado de la ponderación es un enunciado de preferencia condicionada, que se expresa en la siguiente fórmula:  $(P1 \mathbf{P} P2) C^{90}$ . Respecto a la operación de construir los enunciados que operarán como premisas sobre las cuales el juez realizará la ponderación y al peso específico que adquiere en el caso concreto cada una de las circunstancias de la especie, Alexy se remite a los argumentos propios del razonamiento moral y en particular a la teoría de los valores.

---

<sup>87</sup> *Ibíd.* p. 63 y ss.

<sup>88</sup> *Ibíd.* p. 71 y ss.

<sup>89</sup> *Ibíd.*

<sup>90</sup> Donde P1 es un derecho cualquiera, por ejemplo la libertad de expresión, P2 otro derecho cualquiera, por ejemplo, el derecho al honor, C representa las condiciones bajo las cuales un principio se impone al otro y **P** expresa la relación de preferencia.

Estas ideas han suscitado una verdadera revolución en el Derecho constitucional, no solo por el enorme número de autores que las suscriben, sino porque también han sido recogidas por la jurisprudencia constitucional en Europa continental y en Latinoamérica con bastante frecuencia. En términos simples, todos ellos creen que la solución al problema de la indeterminación existe, que el arbitrio judicial no es tal y que para olvidarnos de él solo basta con entrenar a nuestros jueces en la técnica de la ponderación.

No es este el lugar para repasar aquí todo el debate que ha generado la obra de Alexy. Solo nos remitiremos a las críticas que formula Habermas<sup>91</sup>, pues son las que resultan más relevantes para nuestro trabajo. Dicho autor objeta la vinculación entre derechos fundamentales y razonamiento moral a la que recurre Alexy, fundándose en el argumento de que los derechos no pueden ser asimilados a valores. Esto se debe a que ambas nociones operan en planos distintos, los primeros en el plano deontológico, los segundos en el teleológico, lo que tiene importantes consecuencias, porque “las normas (es decir, los derechos fundamentales en su calidad de normas) obligan a sus destinatarios sin excepción y por igual a practicar un comportamiento que cumple con expectativas generalizadas de comportamiento, mientras que los valores hay que entenderlos como preferencias intersubjetivamente compartidas”<sup>92</sup>. En otras palabras, los valores fijan relaciones de preferencias, y por lo tanto es natural que en su armonización con otros valores éstos consientan grados de satisfacción, pero los derechos fundamentales en tanto normas, no son susceptibles de ser cumplidas en la medida de lo posible, sino que como todas ellas, son pretensiones binarias de validez, respecto de las cuales solo podemos tomar postura con un sí o un no (y no con un sí, en la medida de lo posible).

En este sentido, no es posible justificar la utilización de valores dentro de la lógica del Estado de Derecho, pues si jugamos el juego de que los derechos fundamentales se deben aplicar en tanto valores, tenemos que aceptar que su utilidad depende de que con ellos se satisfagan ciertos fines que se traducen finalmente en una escala de valores, y como los argumentos relativos a fines expresan

---

<sup>91</sup> Habermas, J., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid (2001), p. 327.

<sup>92</sup> *Ibíd.* p. 128.



simplemente preferencias, ellos no son susceptibles de un control racional en el sentido que propone Alexy, pues su pertinencia y peso específico en el caso concreto dependen simplemente de quien realice la ponderación<sup>93</sup>.

Expresada con nuestras palabras la crítica, y en términos más o menos gráficos, diría lo siguiente: si pudiéramos construir una magnitud que midiera los grados de afectación y satisfacción de los derechos fundamentales (cosa que también es bastante discutible), aún así nunca podríamos lograr resultados seguros en virtud de la ponderación, pues igualmente siguen quedando al arbitrio del intérprete dos cuestiones básicas que terminarán por incidir en el resultado: el contenido de lo que se pondera, (p.e. ¿el derecho a la vida contiene una facultad subjetiva para dejar de vivir en el sentido de impedir una intervención del Estado para evitar el suicidio?) y la de cuánto debe pesar cada principio en lid. Esto último lo explica muy bien Möeller<sup>94</sup> cuando señala que, un socialista y un liberal podrían disentir profundamente sobre qué peso específico conceden al derecho a la igualdad (en un conflicto entre este derecho y la libertad de expresión o entre éste y el derecho a la intimidad). Ello sucede según este autor, porque el modelo de Alexy tiene una pretensión de neutralidad que busca funcionar con cualquier teoría sustantiva acerca de los derechos fundamentales, pero olvida que cada una de estas versiones produce resultados bastante disímiles en el producto final.

Alexy se defiende frente a la crítica habermasiana de la siguiente manera: “[s]i la tesis de que la ponderación carece de ‘medidas racionales’ se interpreta literalmente, debe llegarse a la conclusión de que mediante la ponderación no puede establecerse un resultado de forma racional en ningún caso. A esta tesis pueden oponerse dos tesis contrarias, una radical y una moderada. La tesis radical señala que la ponderación establece un resultado de forma racional para todos los casos. La teoría de los principios no ha defendido nunca esta tesis, y por el contrario, siempre ha enfatizado que la ponderación no es un procedimiento que en cada caso conduzca necesariamente a un único resultado. Con ello, todo confluye a la

---

<sup>93</sup> *Ibidem*.

<sup>94</sup> Moeller, K., “Balancing and the structure of constitutional rights”, en *International Journal of Constitutional Law (NYU)*, vol. 5, núm. 3 (2007), p. 463.

tesis moderada. Esta tesis sostiene que, con ayuda de la ponderación, ciertamente no en todos, pero sí en algunos casos, puede establecerse un resultado de manera racional y que la clase de estos casos es suficientemente interesante como para que la existencia de la ponderación como método esté justificada”<sup>95</sup>.

En suma, lo que uno podría legítimamente contra preguntar a Alexy es lo siguiente: ¿es verdad que existen “casos realmente interesantes”? y ¿cuál es la proporción de casos fáciles (que no necesitan de la ponderación, pues su solución es evidente) versus los casos interesantes? Alexy solamente responde la primera pregunta. Lo hace mediante un ejemplo, en realidad dos: el primero un caso fácil y el segundo un caso, a su juicio “interesante”<sup>96</sup>. El problema es que el ejemplo que califica de “interesante” no hace sino complicar aún más las cosas, y a nuestro juicio termina dando la razón a Habermas: el asunto trata sobre la condena a una revista de nombre *Titanic*, que en diversos números profiere diversas expresiones contra un ex oficial del ejército alemán jubilado por invalidez llamándolo “asesino nato” y “tullido”. En el caso en cuestión, el Tribunal Constitucional estima que la primera calificación no es tan grave, teniendo en cuenta el carácter irónico de la publicación, y por lo tanto el derecho a libertad de expresión de la revista debe prevalecer, no así en el segundo caso, donde el adjetivo “tullido” debe ser considerado de todos modos una falta de respeto y una “afectación muy grave” del derecho al honor, con lo que se entra en un ámbito en el que la afectación casi nunca puede justificarse en virtud de la satisfacción de otro interés constitucionalmente protegido<sup>97</sup>.

La verdad es que nos parece que el ejemplo no aclara para nada el por qué el Tribunal Constitucional alemán adopta una decisión racional al calificar de más o menos grave una determinada conducta que afecta un derecho. En efecto, no es descabellado pensar que muchas personas podrían considerar su derecho al honor bastante más afectado si les llaman “asesinos natos”, en vez de “tullidos”, y nos parece que nadie podría señalar que dichas

---

<sup>95</sup> Alexy, R., Ob. Cit., p. 530.

<sup>96</sup> El caso fácil es el de las limitaciones a la propiedad y a la libertad de industria que impone a las tabacaleras la ley por razones de salud pública.

<sup>97</sup> *Ibíd.* p. 534.

personas son más irracionales que aquellas que consideraron más afectado su honor por la segunda expresión. Ello ocurre simplemente porque dichas personas suscriben una escala de valores diferente del voto de mayoría del Tribunal Constitucional Federal alemán. En definitiva, este ejemplo refuerza la idea de que el intérprete en el método de la ponderación tiene una importancia decisiva en el resultado y no consigue probar la tesis de la única respuesta correcta.

Sin perjuicio de lo anterior, de la defensa que formula Alexy, nos llama la atención la distinción entre casos fáciles y difíciles que utiliza. Sin duda creemos que es oportuna y se le podría sacar mayor provecho para justificar alguna versión del constitucionalismo de los derechos, aunque explorando un camino distinto al de la tesis de la única respuesta correcta. A nuestro entender, la diferencia entre casos fáciles y difíciles no es muy distinta de la clásica distinción hartiana entre casos paradigmáticos y casos difíciles. En este sentido, si interpretamos esa distinción como lo hace Hart, es más sincero reconocer que en estos casos el papel del juez es crear la regla de derecho que resolverá en definitiva el caso concreto. Si se ha de atribuir algún rol a la ponderación ésta no puede ser la de desarrollar racionalmente la especificación de la Constitución, pues ésta solo sirve para dar cuenta del razonamiento judicial si se comparten las premisas de la cual este parte, lo que en definitiva se traduce en la escala de valores que se utiliza.

Simplemente para cerrar este punto, la teoría de la ponderación no resuelve el problema en cuestión. Por tanto, salvo que exista otra teoría que desconozcamos la solución debe ser política. Nuestra propuesta ya la avanzábamos en el párrafo anterior: la labor del juez constitucional a la hora de establecer el contenido de las cláusulas indeterminadas en materia de derechos fundamentales debe hacerlo entrando en diálogo con la sociedad. La idea es sencilla, si a la hora de especificar derechos fundamentales, lo único que nos queda son preferencias u opciones políticas, lo más sensato es que esas preferencias puedan ser construidas participativamente. En otras palabras, el gran desafío de un diseño adecuado de la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales sería el conseguir que esas preferencias se reflejen de mejor manera en la jurisprudencia de los tribunales. Ello nos pone en la necesidad de

explorar las opciones de diseño institucional que permitirían implementar estas ideas.

## **1.9 La discreción judicial y los derechos fundamentales**

De acuerdo a lo ya señalado, parece ser que no hay alternativa: los derechos fundamentales implican discreción judicial, y en un grado bastante mayor al resto de las normas del ordenamiento jurídico. El autor que ha teorizado con mayor éxito acerca de la discreción judicial es H. L. A. Hart. A pesar de que en su obra no se refiere a los derechos fundamentales, lo interesante de su enfoque es que lo hace en el marco de una concepción holística acerca del Derecho, es decir, una concepción que también debería estar en condiciones de dar cuenta de nuestro objeto de estudio. Nos detendremos aquí un momento.

Dicho autor, describe los ordenamientos jurídicos como una estructura que resulta de la combinación de reglas primarias y reglas secundarias<sup>98</sup>. No nos olvidemos que ya antes hemos utilizado esta distinción para explicar de manera preliminar la noción de garantía. Según Hart, “las normas primarias se caracterizan por crear derechos e imponer obligaciones”<sup>99</sup>; mientras que las normas secundarias, “por definición, atribuyen poderes”<sup>100</sup>. Asimismo dentro de la segunda categoría, se distinguen tres tipos de normas secundarias: las normas de reconocimiento, las normas de cambio y las normas de adjudicación. Las dos primeras permiten saber qué normas pertenecen al sistema, la regla de reconocimiento permiten determinar cuál es el Derecho originario en un determinado ordenamiento jurídico. En concreto, las reglas de cambio indican un procedimiento que permitiría de manera válida modificar el Derecho originario. Cosa distinta ocurre con las reglas de adjudicación, las que facultan a determinar autoritativamente, si en una ocasión particular se ha transgredido una regla primaria. Ya

---

<sup>98</sup> Cfr. Hart, H.L.A., *El concepto...*, Cit., p. 121.

<sup>99</sup> De Páramo, J., *H. L. A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, CEC, Madrid, 1984, p. 229.

<sup>100</sup> De Páramo, Ob. Cit., p. 230.

sabemos que estas últimas son aquellas que podemos asimilar a las normas sobre garantías de los derechos, y según Hart, no sólo identifican a los individuos que pueden juzgar, sino que también determinan el procedimiento a seguir y “definen un grupo de importantes conceptos jurídicos: en este caso, los conceptos de juez o tribunal, jurisdicción y sentencia”<sup>101</sup>.

Sin embargo, Hart sostiene que este conjunto de distintas clases de reglas que compone el ordenamiento jurídico no siempre proporcionan una solución clara. Es decir, a veces, o porque la regla de reconocimiento o las reglas de cambio se encuentran indeterminadas, el juez debe buscar la solución fuera del ordenamiento jurídico. Esa circunstancia es sumamente relevante en nuestro caso; si existen normas que constituyen un paradigma de indeterminación éstas son las que reconocen derechos fundamentales.

En aquellos casos en los que el Derecho permanece indeterminado, para Hart no tiene sentido defender que el juez sigue vinculado por la norma, por que justamente allí no hay norma, por tanto, es más realista reconocer que en estos casos es el juez (y no el legislador ni el constituyente) quien crea la regla de Derecho. En consecuencia con esto, según el autor inglés no estaría prohibido para los jueces fallar de acuerdo a sus propios puntos de vista, “los que pueden ser distintos de los que aplican otros jueces que tienen que decidir casos difíciles similares”. Es decir, esta tesis nos autorizaría expresamente a renunciar a la racionalidad en la especificación constitucional. Exploraremos cuáles son sus posibilidades en lo que sigue de este capítulo.

Sabemos ya que la teoría de Hart ha sido objeto de agudas críticas por parte de Dworkin. Este último plantea que la actividad interpretativa de los jueces no puede ser libre, por el contrario el razonamiento legal es un ejercicio de “interpretación constructiva” que consiste en el que el juez está obligado a dar la mejor respuesta posible. En el fondo a esta afirmación subyace la idea de que siempre es posible encontrar una sola respuesta correcta<sup>102</sup>. La tesis

---

<sup>101</sup> Hart, H.L.A., *Ob. Cit.*, p. 120.

<sup>102</sup> Dworkin, R., *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona (1992), *passim*.

de Dworkin hoy es minoritaria y ha sido ferozmente atacada<sup>103</sup>. Sin embargo también sabemos que una tesis de estas características, en la versión de Alexy, ha sido tremendamente exitosa en materia de derechos fundamentales. Creemos que en función de lo ya dicho, ésta a pesar de su gran difusión no logra el objetivo de demostrar cómo la ponderación puede cumplir con este papel, y en consecuencia debe ser abandonada.

Así las cosas, pareciera ser que lo único que nos queda es mucha discreción judicial. Ello puede a primera vista parecer contraproducente en un modelo institucional como el Estado Constitucional de Derecho, donde justamente la arbitrariedad se encuentra interdicta. Por esa razón Hart en ningún caso está pensando en un concepto ilimitado de discreción, por el contrario él señala que se debe hacer la distinción entre discreción y arbitrariedad. Esta distinción es posible debido a que los jueces no tienen el poder de introducir reformas a gran escala como los legisladores, sino que su poder es más bien limitado dado que solo pueden resolver cuestiones concretas planteadas en casos particulares<sup>104</sup>. Por otra parte, los jueces a diferencia del legislador, siempre están limitados por las reglas de Derecho que sí se encuentran determinadas. Es por ello que señala el autor inglés que a la hora de determinar la regla de Derecho aplicable, los tribunales: “no debe hacerlo arbitrariamente, esto es, siempre debe dar razones generales que justifiquen su decisión y actuar cómo lo haría un legislador responsable”<sup>105</sup>.

Este es un argumento que nos parece formulado en el sentido correcto y que utilizaremos como punto de partida para elaborar nuestra propuesta: el juez debe aplicar directamente la Constitución cuando su texto se encuentre determinado y solo está autorizado a crear Derecho cuando el asunto de que se trata carezca de una regla de Derecho que le permita resolver la discusión, pero en cuyo caso su libertad no es absoluta pues igualmente debe actuar como un legislador responsable. Se debe señalar que esto es nada más el

---

<sup>103</sup> Por todos: Putnam, H., “Are Moral and Legal Values Made or Discovered?”, en *Legal Theory*, núm. 1 (1995), pp. 5-19.

<sup>104</sup> Hart, H.L.A., “Post Scriptum (El concepto de Derecho)”, en *Estudios Públicos*, núm. 65 (1997), pp. 223 -263.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 261.

punto de partida. Es obvio que poner este principio en práctica es sumamente complejo, y que en nuestro ámbito de estudio esta dificultad se acrecienta, pues aquí la “zona de penumbra” es considerablemente más extensa que en el resto del ordenamiento jurídico. No obstante, creemos que esta fórmula igualmente puede resultar útil para establecer una regla de competencia entre juez y legislador.

Que ello puede resultar antidemocrático, no nos cabe la menor duda. No nos olvidemos que el principal problema del enfoque centrado en el contenido es que pretende justificar infructuosamente el desplazamiento de poder desde el legislador al juez en virtud de su mejor capacidad para desarrollar la Constitución guardando fidelidad a su texto. Así tal cual como plantea las cosas Hart, lo único que hay es un reconocimiento del problema pero no una solución. En efecto, el mismo Hart consciente de ello se consuela afirmando que este es un “bajo precio que hay que pagar” para que el sistema funcione. Frente a esta situación, creemos se pueden hacer dos observaciones: en primer lugar, ese “bajo precio”, puede ser más o menos oneroso dependiendo del diseño institucional, y en segundo, es que a nosotros nos interesa justamente la opción que sea menos costosa para la democracia. Sin duda, la razón por la que Hart no desarrolla el argumento más allá del slogan es porque su trabajo busca ser una teoría meramente descriptiva de lo que es el Derecho. Pues bien, si esto es verdad, a Hart no le deberían importar cuáles son las razones en base a las cuales el juez falla cuando está situado en la “zona de penumbra”. Pues a nosotros sí que nos importan; si afirmamos que la nuestra es una teoría de los derechos sensible a la democracia no son indiferentes las razones con las que el juez dota de contenido a los derechos fundamentales y enjuicia la ley. Si bien tal como lo hace Hart, creemos que los tribunales tienen un grado alto de discreción para la especificación constitucional, el límite aquí debe ser finalmente la misma soberanía popular.

De este modo, la metáfora del “legislador responsable” que Hart acuña en el *post scriptum* al Concepto del Derecho es altamente ilustrativa para entender cómo se debería comportar el juez constitucional al introducir la regla de derecho; resulta obvio que si aceptamos la idea de que el juez constitucional es un órgano relevante en el proceso de producción normativa, no podemos

exigirle menos que a quien tiene la competencia originaria. Si ello es así, entonces la cuestión a responder será precisamente cuáles serán los requisitos de ese actuar diligente.

En resumidas cuentas, el núcleo de la respuesta que sugerimos está dado por la importancia que posee el requisito de la predictibilidad en la construcción de los mecanismos de adopción de decisiones intersubjetivas dentro de la lógica del Estado de Derecho. Como señala Zolo, “[e]l Estado de Derecho se empeña en garantizar a cada uno de los ciudadanos la capacidad de predecir, en línea de principio, consecuencias jurídicas, ya sea de los propios comportamientos o de los comportamientos de los otros actores sociales”<sup>106</sup>. Sin perjuicio de que la noción de Estado de Derecho sea una construcción cultural alemana y su contenido no pueda ser asimilado exactamente al de sus adaptaciones en otros países europeos o al de figuras análogas como el *rule of law* anglosajón<sup>107</sup>, todas ellas responden a la idea común de que la previsibilidad constituye una garantía para el ciudadano. En este sentido, no cabe duda, que dentro del esquema de fuentes del Derecho propio del Estado constitucional de Derecho, es la ley la norma que cumple en mayor medida con este requisito<sup>108</sup>.

Como hemos demostrado anteriormente, el contenido de los derechos fundamentales es insuficiente para asegurar un nivel de previsibilidad necesario para asegurar la interdicción de la arbitrariedad. Por esta razón hemos propuesto que el esfuerzo debe ser puesto también en el diseño de las garantías jurisdiccionales. Pues bien, ahora que ya sabemos lo que deberíamos exigir al juez a la hora de desarrollar los derechos fundamentales, estamos en condiciones para formular los requisitos concretos de diseño institucional que deberían cumplir sus garantías jurisdiccionales. En efecto, creemos que éstas para poder cumplir con dicho propósito, deberían estar informadas por al menos tres principios: coherencia, universalidad y participación. Dichos principios permitirían dotar de

---

<sup>106</sup> Zolo, D., “Teoria e critica dello Stato di diritto”, en Costa, P. y Zolo, D. (coord.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milán (2006), p.39.

<sup>107</sup> Cfr. Böckenforde, E. W., *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid (2000), p. 19 y ss.

<sup>108</sup> Cfr. Laporta, F., *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid (2007), pp. 127 y ss.



un cierto contenido a las normas sobre derechos de una manera más democrática que si lo hiciera el juez solamente derivando de las cláusulas abstractas de la Constitución, los principios de justicia que él cree que son pertinentes. A continuación explicaremos brevemente qué significan cada una de estos principios.

Con respecto a la coherencia, si queremos convertir el proceso jurisdiccional en un foro deliberativo donde los ciudadanos discuten el contenido de los derechos, la jurisprudencia en la materia no puede ser contradictoria, ni entre distintos tribunales, como tampoco en términos internos. Esta exigencia implica la adopción del principio del *stare decisis* en alguna de sus modalidades. Como señala Sager, “la generalidad con que se expresan la mayoría de las cláusulas que garantizan la libertad exige interpretaciones elaboradas”<sup>109</sup>. Para un juez, “los principios por los que se sienta atraído para justificar su decisión en un caso determinado deben ser contrastados en relación a los casos pasados y a los casos futuros”<sup>110</sup>. Los jueces están obligados a ofrecer las razones que fundamentan sus decisiones a los demás jueces y al público en general, y en estas razones deben ser de un tipo especial: accesibles públicamente y defendibles de la misma manera. Esta es la única forma de posibilitar el debate ciudadano en base a esos principios. Esto no quiere decir que la jurisprudencia no pueda variar, pero al hacerlo debe dar razones para ello. A su vez, esta exigencia también impone la necesidad del carácter sistémico de la jurisprudencia en materia de derechos fundamentales, en la medida en que existen distintos tribunales resolviendo sobre lo mismo, es importante algún mecanismo de unificación de la jurisprudencia con carácter vinculante. Sobre esto somos conscientes que en el ámbito del *civil law* no existe una teoría general del precedente, por lo que una afirmación de estas características genera muchos interrogantes y necesita de un mayor desarrollo<sup>111</sup>. No obstante creemos que el esfuerzo vale la pena. Es más, es indispensable si nos queremos tomar en serio la justicia constitucional.

---

<sup>109</sup> Sager, L., *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana* (trad. V. Ferreres y A. Torres), Marcial Pons, Madrid (2007), p.85.

<sup>110</sup> *Ibíd.*, p. 93.

<sup>111</sup> Cfr. Taruffo, M., *Páginas sobre justicia civil*, Marcial Pons, Madrid (2009), p. 542.

La universalidad aquí la debemos entender no en el sentido de objetivismo moral. En sede jurisdiccional, se hace referencia a la universalidad en la aplicación de la regla de Derecho creada por el órgano jurisdiccional. En efecto, la jurisprudencia sobre derechos fundamentales debe ser lo menos fragmentaria posible y debe estar destinada a producir efectos generales. Si es necesario ser más claro, estamos hablando del efecto *erga omnes* de las sentencias constitucionales. Sabemos que este requisito se hace imposible en el caso de los mecanismos subjetivos. Por ello se hace necesario un mecanismo de vinculación entre éstos y las garantías objetivas. La razón de esta exigencia está dada por la necesidad de estabilidad y previsibilidad en relación al trabajo que realizan los tribunales desarrollando los derechos. Para que una idea como el consenso pueda ser defendida procesalmente es necesario algún mecanismo de este tipo incluso en el nivel subjetivo. Un buen ejemplo de ello, podría ser la auto cuestión de inconstitucionalidad del Derecho español.

Por último, los procedimientos de tutela de los derechos deben fomentar la participación ciudadana, aunque esta participación tiene poco que ver con la participación electoral. Evidentemente que esta última es la modalidad de participación por antonomasia en una democracia, pero ello no quiere decir que sea la única. El mismo Sager explora la idea de cómo el proceso jurisdiccional también es una forma de participación ciudadana, si es que éste está diseñado en función de permitir a las partes intervenir en igualdad de condiciones para influir en la decisión que debe adoptar el órgano jurisdiccional. En efecto, “implícito en esta forma de participación está el derecho a ser oído y obtener una respuesta que sitúe la pretensión de derechos de cada cual dentro del compromiso y la concepción que la comunidad tiene respecto de sus propios miembros”<sup>112</sup>. Esta exigencia se traduciría en términos prácticos en lo inconveniente que resultaría la alteración del principio de bilateralidad de la audiencia y un uso abusivo de procedimientos de cognición limitada o de configuración preferente y sumaria, sin la posibilidad de llevar la discusión en términos de igualdad de las partes para influir en la decisión del órgano jurisdiccional.

---

<sup>112</sup> Sager, L., Ob. Cit., p. 85.

Desde luego, estos principios no son nada más que un medio. Solamente están planteados como condiciones mínimas para concebir a los tribunales como foros de deliberación en materia de derechos fundamentales y por sí solos no son capaces de generar una actitud de los tribunales frente al problema de la discreción en el ámbito de los derechos fundamentales. Incluso, algunos de ellos también servirían incluso para implementar una opción política distinta a la que aquí hemos propuesto. Por ejemplo, no cabe duda de que la coherencia también sería funcional a un modelo de activismo judicial que no tuviera ninguna consideración por el legislador democrático. No obstante, es la suma de los principios que hemos comentado, unido a las interacciones entre ellos, lo que convierte al diseño acá propuesto como una alternativa institucional que optimiza derechos y democracia de una manera aceptable.

### **1.10 El subsistema de derechos fundamentales y la necesidad de desarrollo dogmático**

Todo lo dicho anteriormente se traduce en la necesidad de que el elenco de garantías jurisdiccionales actúe como un sistema que debe estar en condiciones de proporcionar respuestas coherentes a la hora de desarrollar y aplicar la Constitución. Ello revela la necesidad de construir vasos comunicantes entre todos los procedimientos de tutela de los derechos y a la vez a diseñar un criterio de ordenación entre ellos. Para ello recurriremos a la idea de sistema jurídico, pues nos parece la mejor manera de entender los modelos de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales en la actualidad. En este sentido, nos parece una idea que puede resultar útil también para el ordenamiento jurídico chileno.

Concebir que las normas jurídicas se encuentran relacionadas en un sistema, es una idea cuyos orígenes se remontan a la época del iusnaturalismo racionalista, pero que se ha ido enriqueciendo con sucesivas aportaciones durante el siglo XX, obra de insignes juristas como Kelsen, Hart, Raz o Dworkin<sup>113</sup>. En cierto modo, este ha sido

---

<sup>113</sup> Cfr. Pérez, J.M., *Coherencia y sistema jurídico*, Marcial Pons, Madrid (2006), pp. 31-33.

uno de los ejes del debate iusfilosófico en el recién pasado siglo. Teniendo esto en cuenta, es plenamente factible pensar en las normas sobre derechos fundamentales como un sistema jurídico, o si se quiere un subsistema dentro del ordenamiento jurídico, en la medida en que en éste es posible encontrar cada uno de los distintos tipos de normas a las que Hart hacía referencia. Así lo estima Peces-Barba, quien afirma que: “los derechos constituyen un conjunto de normas entrelazadas y con un origen común que procede como derivación inmediata de la norma básica”<sup>114</sup>. En este sentido, las normas sobre derechos fundamentales comparten un origen común y determinados mecanismos que aseguran la coherencia necesaria para hablar de sistema. En efecto, agrega el mismo, Peces-Barba, que el subsistema de derechos fundamentales, presenta dos rasgos formales (Constitución como norma básica y armonización de las visiones discrepantes o contradictorias) y un criterio de interpretación unitario (tanto formal como material)<sup>115</sup>.

De esta manera, concebir a los derechos fundamentales como un sistema, implica la necesidad de unificar las dos vertientes de tutela, entendiéndose cada una de éstas como complementarias, pero también implica concebir a las normas sustantivas, en estrecha conexión con las normas sobre garantías. Es justamente esta manera de entender las normas que reconocen y protegen derechos fundamentales, la que permite resolver muchos de los problemas (aunque no todos, por supuesto) que supone su tutela. En efecto el gran desafío que supone la necesidad de coordinar diferentes formas de protección, todas ellas parciales y diferentes resulta mucho más abordable si entendemos que todas éstas se encuentran situadas en un marco general y coherente. De esta manera podemos afirmar, que la mejor manera de tutelar jurisdiccionalmente los derechos fundamentales es aquella en la que, tanto las normas que reconocen derechos como las que las garantizan, se encuentran ensambladas en un solo complejo de normas con carácter orgánico y unitario y que a la vez permite a los ciudadanos formar parte de la comunidad de intérpretes de la Constitución.

Lógicamente, en cuánto al cómo hacerlo, las opciones son de lo más diversas. Justamente ese es el debate que se debe generar en Chile

---

<sup>114</sup> Peces-Barba, G., *Lecciones...*, cit., p. 248.

<sup>115</sup> Peces –Barba, G., *Ob. Cit.* P. 249.

acerca de cuál es la forma más adecuada a la realidad chilena. Aquí simplemente podemos destacar que la variedad de arreglos institucionales en Derecho comparado es amplia y que no se reducen únicamente a los dos modelos clásicos representados por el sistema estadounidense y el europeo continental. Al respecto una solución que nos parece interesante y digna de explorar, debido a las enormes posibilidades de participación que brinda al ciudadano es el modelo canadiense. En dicho país, de acuerdo a la sección 33 de la Carta de Canadiense de Derechos y Libertades, el Parlamento puede expresamente aprobar una ley para revocar una interpretación de la Corte Suprema (la expresión que utiliza dicho artículo es “*notwithstanding right included in the charter*”, es decir a aprobar una ley sin perjuicio de un derecho reconocido en la Carta).

El ejemplo a nuestro juicio es atinente, pues la solución que propone la sección 33 Carta de Canadiense de Derechos y Libertades está pensada justamente para dar respuesta a la cuestión de cómo dotar a la justicia constitucional en ese país de una especial sensibilidad democrática. La manera cómo lo hace es generar las condiciones para un diálogo institucional entre tribunales y legisladores. Al respecto, Perry señala, que a diferencia de EEUU o Europa donde tienen la última palabra, en Canadá los jueces tienen la “penúltima palabra”<sup>116</sup>. De todos modos, como expresan Hogg y Bushell, además de la sección 33 existen otros factores que posibilitan ese diálogo como por ejemplo, la sección 1, la 7 y la 15 que permiten a los legisladores responder a las decisiones de la Corte Suprema en diferentes condiciones<sup>117</sup>. Obviamente este es un tema que requiere ser analizado con una mayor profundidad, en esta oportunidad, valga solamente como ejemplo para dar cuenta del desarrollo en Derecho comparado de respuestas alternativas a los sistemas clásicos de justicia constitucional.

Insistimos, este trabajo solamente tiene por objeto poner sobre la mesa un tema que consideramos importante para continuar avanzando en el tránsito de una Constitución autoritaria a una que

---

<sup>116</sup> Perry, M., “Protecting Human Rights in a Democracy: What Role for the Courts?”, en *Wake Forest Law Review*, vol. 38, p. 665 y ss.

<sup>117</sup> Hogg, P. y Bushell, A., “The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn’t Such a Bad Thing After All)”, en *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 35 núm. 1 (1997), p. 82.

garantice un mayor respeto por la democracia y una tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales. Lamentablemente las condiciones que hemos propuesto en este capítulo para la articulación de la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales en Chile han estado lejos de cumplirse y los efectos han quedado a la vista. Desde ya hace tiempo existe un sector de la doctrina que se ha manifestado críticamente en torno a la manera cómo los tribunales tutelan los derechos. Al respecto son conocidos los trabajos de Fernando Atria<sup>118</sup> y de Gastón Gómez<sup>119</sup> que han denunciado cómo los tribunales de justicia han sido incapaces de implementar con un mínimo de razonabilidad la declaración de derechos a través de los distintos procedimientos que contempla el Derecho chileno. Abordaremos esto en detalle más adelante

De momento una cosa es clara: el casuismo exacerbado en materia de derechos puede ser considerado una enfermedad mortal para cualquier sistema. Justamente este ha sido desde siempre uno de los problemas en Chile. Para Daniela Accatino, “un primer factor que inclina a nuestra práctica jurídica hacia niveles elevados de falta de seguridad es el escaso desarrollo doctrinal y jurisprudencial de una dogmática diferenciada y articulada de derechos fundamentales”<sup>120</sup>. Coincidimos plenamente con estas observaciones. En teoría, un modelo como el que proponemos debería estar en condiciones de generar esa dogmática que ha estado ausente en estos treinta años. Pero nuestra propuesta es solamente una especie de receta de cocina y en esto también son importante los ingredientes.

Así como en este capítulo hemos defendido la idea de que el diseño institucional de las garantías jurisdiccionales es extraordinariamente importante en la determinación de los contenidos de los derechos fundamentales, también hemos antes hecho mención de que esta íntima conexión entre derechos y sus garantías también se da en el sentido contrario. Es decir, la misma idea política que el

---

<sup>118</sup> Atria, F., “Inaplicabilidad y coherencia: contra la idea del legalismo”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 12 (2001), pp. 119-156.

<sup>119</sup> Gómez, G., *Derechos fundamentales y recurso de protección*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile (2005), p. 34.

<sup>120</sup> Accatino, D., “La interpretación de los derechos fundamentales y la seguridad jurídica. “Una mirada a la práctica constitucional chilena”, en Bordalí, A. (coord.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Lexis Nexis – Universidad Austral de Chile (2007), p.19.

constituyente tiene sobre los derechos fundamentales incide enormemente en cómo se configura su tutela. En el próximo capítulo recorreremos el camino inverso, iremos desde la visión política del constituyente de 1980 a los resultados de dicho proceso constituyente tratando de buscar respuesta a los déficits en esta materia. Después de todo puede que el caos y los altos niveles de arbitrariedad que actualmente presenta la práctica constitucional chilena en materia de derechos no sean producto de la casualidad.

## **2. CAPÍTULO SEGUNDO: EL RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980**

### **2.1 La declaración de derechos como expresión del orden político de la dictadura.**

Este capítulo trata sobre qué es lo que se entiende en Chile por derechos fundamentales. En el capítulo anterior hemos defendido la idea de que la garantía jurisdiccional de los derechos debe cumplir con ciertas condiciones para convertirse en un foro de deliberación pública para dotar de contenido a los derechos. Por otra parte, también dimos cuenta de la íntima vinculación existente entre derechos y garantías jurisdiccionales, lo que lleva directamente a preguntarnos por el objeto garantizado. Ello es importante, pues si existe algo que podamos denominar contenido preceptivo de los derechos, en el caso chileno deberíamos buscarlo en el texto de la Constitución de 1980. A su vez, también afirmábamos que la decisión respecto de qué bienes jurídicos deben poseer el estatus de derechos fundamentales, es altamente incidente en la forma cómo se decide proteger dichos bienes jurídicos. Para contestar a esta pregunta es necesario hacer un poco de historia, pues el estado de la cuestión en Chile no puede ser entendido sin indagar en la historia reciente del país y en los efectos que la dictadura de Pinochet causó en la cultura jurídica del país.

Decíamos en la introducción que los derechos fundamentales en Chile parecen haber llegado para quedarse. Lamentablemente, esta no siempre ha sido la realidad chilena. Hace poco más de veinte años los derechos fundamentales eran cotidianamente cercenados para los opositores al régimen de Augusto Pinochet, y de alguna forma, gran parte de la población chilena padeció los efectos del régimen autoritario que encabezaba la junta militar. En este contexto, a los universalmente conocidos casos de ejecuciones



sumarias, desapariciones forzosas<sup>121</sup> y torturas<sup>122</sup>, deben agregarse también hechos de censura, discriminación, restricciones a la libertad ambulatoria e inexistencia de derechos políticos que afectaron a gran parte de la población.

No obstante, en la historia reciente de Chile la barbarie no ha sido patrimonio único del régimen de Pinochet. No hay que retroceder mucho para encontrar hechos tan deleznable como los ocurridos a partir del 11 de septiembre de 1973. La verdad es que la lista de episodios de esta naturaleza acaecidos durante el siglo XX es más amplia de lo que se suele recordar. Solo a título de ejemplo, el día 9 de marzo de 1969, bajo el gobierno de Eduardo Frei Montalva, fuerzas policiales disparan contra un grupo de personas que ocupaban ilegalmente un predio baldío en las inmediaciones de la ciudad de Puerto Montt, diez de ellas resultan muertas incluido un menor de nueve meses. Nunca se determinaron responsabilidades por parte de la Justicia, aunque los cuestionamientos llegaron hasta el mismo Ministro del Interior de la época, Edmundo Pérez Zujovic. Otro caso célebre es el de la denominada “Ley Maldita”. En el año 1948 durante el Gobierno de Gabriel González Videla, se promulga la Ley N° 8.987 de Defensa Permanente de la Democracia, más conocida por el epíteto de “Ley Maldita”. Dicha norma, en nombre de las “libertades inalienables de la persona humana”, pone fuera de la legalidad al Partido Comunista y persigue y encarcela a sus miembros y simpatizantes. Además establece una serie de medidas que restringen la libertad ideológica, la libertad de expresión e información<sup>123</sup>.

En fin, durante el siglo XX la represión violenta con resultados incluso de miles de muertos, está más presente de lo que se suele recordar por la historia política chilena. Cada uno de estos hechos, son poderosas razones para pensar que el día 11 de septiembre de

---

<sup>121</sup> Al respecto véase el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, disponible en el sitio *web* del Gobierno de Chile: <http://www.gobiernodechile.cl/especiales/informes/>

<sup>122</sup> Al respecto véase el Informe de la Comisión nacional sobre prisión Política y Tortura, también disponible en: <http://www.gobiernodechile.cl/especiales/informes/>

<sup>123</sup> El texto de la ley puede consultarse en el sitio *web* Memoria Chilena, de la Dirección Nacional de Archivos y Museos: <http://www.memoriachilena.cl/archivos2/pdfs/MC0023011.pdf>

1973 no se quebró ninguna tradición de respeto de los derechos fundamentales, sino que como en tantos otros lugares, los horrores de un régimen que muestra su más absoluto desprecio por el ser humano, constituyó el punto más álgido de la barbarie. Por lo mismo, no es difícil concluir que en la cultura jurídica chilena los derechos fundamentales humanos, han sido unos actores secundarios a lo largo de la historia.

Sin embargo, hoy las cosas son algo distintas. Resulta paradójico que el mayor avance en la materia se haya producido durante la vigencia de una Constitución generada en un régimen autoritario que representa el momento más oscuro de la historia constitucional chilena. De todos modos, es importante destacar que el texto actualmente en vigor de la Constitución de 1980 contiene importantes y numerosas reformas. Las dos más importantes son las del año 1989 y las de 2005. En el primer caso, la Ley N° 18.825 introdujo 54 reformas, que fueron las que hicieron posible la transición a la democracia. Estas reformas fueron negociadas por el Gobierno y la oposición de la época y constituyeron un verdadero pacto de Estado, con miras a que la sociedad civil recuperara de manera pacífica el poder. En el segundo caso, la Ley N° 20.050 promulgada durante el gobierno del Presidente Lagos, también representó el consenso entre los dos principales grupos parlamentarios en orden a eliminar gran parte de los denominados “enclaves autoritarios”, que es como se han designado en la jerga política nacional, los arreglos institucionales diseñados por la dictadura con la finalidad de limitar la participación de la ciudadanía en la conducción del Estado y mantener parcialmente el *statu quo*.

La preocupación por el origen de la Constitución chilena cobra mucho sentido, pues sin perjuicio de que su actual texto es por lejos más democrático y garantista, en nuestro ámbito las reformas han sido meramente cosméticas. Esto es grave porque el constituyente originario de 1980, plasma en el texto de la Carta Fundamental, un concepto acerca de lo que lo son los derechos fundamentales bastante poco ortodoxo y sesgado por elementos ideológicos.

Como sabemos, la Constitución de 1980 fue un intento absolutamente deliberado de dotar al país de un régimen político

que traducía en clave jurídica los ideales políticos de la dictadura<sup>124</sup>. En otras palabras, se pretendió dar una verdadera vuelta de tuerca a la historia constitucional del país, que hasta ese momento se caracterizaba por Cartas eminentemente pragmáticas. Así por ejemplo, con la Constitución de 1925 gobernaron presidentes pertenecientes a todo el espectro político. Precisamente, el argumento que esgrimieron en reiteradas ocasiones los partidarios de Pinochet era que: “[l]a Constitución Política de 1925 contemplaba un pluralismo inerte, sin vida, donde todo se permitía”<sup>125</sup>. En este sentido, la Carta de 1980 se presenta a sí misma como un proyecto absolutamente transformador de la sociedad que pretende establecer las bases esenciales sobre las cuales va a discurrir toda la vida política nacional.

El carácter fundacional que expresa la Constitución de 1980 es sumamente relevante para nuestro objeto de estudio por dos razones: la primera, porque precisamente uno los ámbitos donde se propone mayores transformaciones es en la tutela jurisdiccional de los derechos constitucionales; y en segundo lugar, porque la jurisprudencia y gran parte de la doctrina han abrazado sistemáticamente el originalismo interpretativo, recurriendo constantemente a las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC), entidad designada por el gobierno militar para discutir y redactar el texto de lo que sería luego la Carta de 1980.

## **2.2 La Constitución de 1980 y los derechos fundamentales.**

La Carta Fundamental actualmente vigente en Chile, como es ya una tradición en el constitucionalismo occidental a partir de 1789,

---

<sup>124</sup> Una exposición más o menos completa del propósito del Constituyente de 1980, puede encontrarse en un artículo de Jaime Guzmán, considerado uno de los padres ideológicos de la Constitución. Al respecto véase: Guzmán, J., “La Constitución Política”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 6, núm. 1-4 (1979), pp. 53-78.

<sup>125</sup> Errázuriz, M., “Bases de la nueva institucionalidad chilena”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 6, núm. 1-4 (1979), p. 192.

contiene una declaración de derechos en la cual se afirman los bienes jurídicos que representan los valores que se consideran de mayor importancia dentro del ordenamiento jurídico. En efecto, en su artículo 19 incorpora 26 numerales que contienen, en términos generales, igual cantidad de derechos públicos subjetivos. Además, en otros capítulos se contienen normas que en Derecho comparado, normalmente son consideradas derechos fundamentales. Así por ejemplo, los artículos 13 al 17 regulan los derechos de participación política, o el artículo 5 inciso 2º contempla la clausula de apertura al derecho internacional de los derechos humanos como norma de clausura. Sin embargo y como ya adelantábamos anteriormente, la Constitución chilena presenta ciertas anomalías que no son indiferentes a la hora de analizar el sistema de protección de los derechos fundamentales, y que increíblemente han sido soslayadas por gran parte de la doctrina.

Como es sabido, la Carta de 1980 tiene su génesis en el proceso constituyente impulsado por Augusto Pinochet durante el gobierno militar que presidió. Desde el punto de vista de la teoría de la Constitución, claramente se trata de una Constitución otorgada. Resulta sorprendente la poca atención que ha recibido este punto en la doctrina chilena, al extremo de que ha sido más riguroso el tratamiento por la doctrina extranjera. Por ejemplo, Giuseppe De Vergottini, al realizar una caracterización del poder constituyente en los regímenes autoritarios, señala que en éstos normalmente el procedimiento de adopción constitucional es unilateral, acompañado de lo que él denomina el “plebiscito constituyente”, que corresponde a una versión autoritaria del referéndum democrático<sup>126</sup>. La diferencia según él, está dada por el carácter meramente formal de la adhesión pedida al electorado, de modo tal que produce los resultados previstos de antemano. Justamente, uno de los casos paradigmáticos que cita dicho autor es el chileno.

En efecto, destaca que no solamente la oposición política fue completamente excluida del proceso de discusión y adopción del texto constitucional, por tanto un importante sector de la sociedad no participó de éste, sino que además remarca que el texto definitivo fue sometido a una ratificación popular mediante un

---

<sup>126</sup> Cfr. De Vergottini, G., *Derecho Constitucional Comparado*, Editorial Universidad, Buenos Aires (2005), p.153.

referéndum en el que no existieron las mínimas condiciones de transparencia electoral. Sumamente importante en este sentido, es el hecho de que el plebiscito de ratificación que se celebró el día 11 de septiembre de 1980, fuera regulado por un Decreto Ley aprobado solo con un mes de anticipación y que las posibilidades del debate sobre el texto propuesto fueran muy limitadas para la oposición de centro que encabezaba el líder demócratacristiano Eduardo Frei Montalva, y absolutamente inexistentes para los sectores de izquierda<sup>127</sup>. A esto hay que agregar que no existían registros electorales, por ende, era imposible saber quién votaba, controlar que una persona no votara dos veces, o asegurar que en el recuento se agregarían todos los votos. Impensable por tanto, era la existencia de justicia electoral<sup>128</sup>.

A pesar de ser esta una circunstancia extraordinariamente relevante, pues en definitiva va a determinar la toma de posición que el constituyente de 1980 adopta respecto de prácticamente todos los aspectos que el texto constitucional aborda, declaración de derechos incluida, no existe en la doctrina nacional un análisis profundo de este hecho. Para entender cómo las circunstancias de la especie incidieron directamente sobre los derechos fundamentales, vale la pena pasar revista a algunas de las características del sistema de derechos fundamentales que establece la Carta de 1980. A saber: una Constitución altamente ideológica, que sustenta una concepción autoritaria del proceso político, que contiene un predominio de las libertades negativas con contenido económico y presenta una fuerte influencia del iusnaturalismo de inspiración católica.

---

<sup>127</sup> Cfr. De Vergottini, G., *Ob. Cit.*, pp. 153-154.

<sup>128</sup> Llama la atención el hecho que ninguno de los autores de la época se detenga en este hecho. Sólo en trabajos más o menos recientes, es posible encontrar información acerca de las circunstancias en que se desarrolló el referéndum aprobatorio de la Constitución de 1980. Al respecto véase: Zúñiga, F., “Vieja – Nueva Constitución”, en *Estudios Constitucionales*, año 5, núm. 1 (2007), pp. 360-361.

### 2.2.1 Constitución altamente ideológica.

El hecho de que la Constitución de 1980 es una Constitución altamente ideológica nunca ha sido un misterio. En efecto, esta es una circunstancia que siempre fue manifestada públicamente, tanto por los miembros de la junta de gobierno, como por los juristas que participaron en su proceso de elaboración. En cierta medida, toda Constitución es ideológica, pues de alguna manera el constitucionalismo representa una opción política por la limitación del poder. No obstante, la Constitución de 1980 es ideológica en un sentido distinto, porque toma partido deliberadamente por una doctrina política determinada: el liberalismo libertario y al mismo tiempo proscribía las diferentes opciones políticas sustentadas por los opositores al régimen.

Al respecto, resultan contundentes las afirmaciones contenidas en el documento denominado “Declaración de Principios del Gobierno Militar” que proclama categóricamente que: “[l]a alternativa de una sociedad de inspiración marxista debe ser rechazada por Chile”. Este documento, sin duda alguna, puede considerarse el antecedente del artículo octavo de la Constitución que proscribía los partidos, movimientos y organizaciones que defiendan “doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases”, en una clara alusión a las ideologías de izquierdas<sup>129</sup>. Si bien es cierto, existía cierta heterogeneidad

---

<sup>129</sup> El texto del antiguo artículo 8° establecía:

“Todo acto de persona o grupo destinado a propagar doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases, es ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la República.

Las organizaciones y los movimientos o partidos políticos que por sus fines o por la actividad de sus adherentes tiendan a esos objetivos, son inconstitucionales.

Corresponderá al Tribunal Constitucional conocer de las infracciones a lo dispuesto en los incisos anteriores. Sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en la Constitución o en la ley, las personas que incurran o hayan incurrido en las contravenciones señaladas precedentemente no podrán optar a funciones o cargos públicos, sean o no de elección popular, por el término de diez años contado desde la fecha de la resolución del Tribunal. Tampoco podrán ser rectores o directores de establecimientos de educación o administrativos del mismo, ni desempeñar

ideológica entre los partidarios del régimen militar, no es menos cierto que esa diversidad solamente estaba circunscrita a las opciones que sitúan a la derecha del espectro político. Por esta razón, el punto que reviste mayor consenso entre quienes participaron en el proceso constituyente impulsado por la junta militar, es la aversión a las ideologías de inspiración marxista, y en general, todas aquellas defendidas por los partidos de izquierdas.

En materia de derechos fundamentales, esta opción política del constituyente queda reflejada en la posición claramente secundaria que ocupan los derechos sociales en el articulado constitucional. Es así como no solamente éstos son claramente inferiores en número (cuatro de un total de veintiséis), sino que también la densidad de su contenido preceptivo es mucho menor. Así por ejemplo, en el caso del derecho a la salud, a partir de su ambigua redacción no queda claro en absoluto que del artículo 19 N° 9 se derive un derecho subjetivo de los ciudadanos a exigir prestaciones médicas al Estado<sup>130</sup>. En este caso, la libertad de regulación que la Constitución

---

en él funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones; ni podrán ser dirigentes de organizaciones políticas o relacionadas con la educación o de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindical, estudiantil o gremial en general, en dicho plazo.

Si las personas referidas anteriormente estuvieren a la fecha de la declaración del Tribunal, en posesión de un empleo o cargo público, sea o no de elección popular, lo perderán, además, de pleno derecho”.

Este artículo fue derogado en el año 1989, por la Ley N° 18.825, que introdujo 54 reformas al texto original de la Constitución, que nace como fruto de un acuerdo político entre los partidos: Concertación de Partidos por la Democracia (oposición al gobierno militar), Renovación Nacional y la Unión Demócrata Independiente (partidarios del régimen) y pasaría a la historia como el acuerdo que posibilitó la transición a la democracia. Un interesante análisis de las circunstancias que rodearon a dicho acuerdo puede verse en: Cumplido, F., “La reforma constitucional de 1989 al inciso segundo del artículo 5° de la Constitución: sentido y alcance de la reforma. Doctrina y jurisprudencia”, en *Ius et Praxis*, vol. 9, núm. 1 (2003), pp. 365-374.

<sup>130</sup> (La Constitución asegura a todas las personas:)

N° 9. El derecho a la protección de la salud.

El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.

Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud.

Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma

confiere al legislador es casi absoluta. A *contrario sensu*, dentro de la misma disposición, la consagración de la libertad de las personas para elegir libremente entre el sistema de salud público o privado es categórica. Otro ejemplo se puede encontrar en el derecho a la sindicación (19 N° 19), al limitarse la Constitución a reconocerlo: “en los casos y forma que determine la Ley”.

Es importante dejar en claro, que aquí no estamos aludiendo a la ya clásica discusión acerca de las garantías específicas de los derechos sociales, de las que por cierto como se podrá intuir están completamente desprovistos en la Constitución chilena, sino que estamos hablando del nivel de libertad de configuración del derecho, que la Constitución en el caso de los derechos sociales deja totalmente en manos del legislador. Como consecuencia de esta concepción, los derechos sociales están absolutamente supeditados a la legislación de desarrollo que pueda aprobar el Congreso, careciendo de autonomía respecto de dichas normas. Ante esta situación, algunos autores han criticado fuertemente este menosprecio del constituyente hacia los derechos sociales reclamando que “el contenido del derecho no puede quedar entregado exclusivamente al legislador ya que, en la práctica, ello significa negar el carácter fundamental del derecho”<sup>131</sup>. Veremos luego que esto tendrá repercusiones importantes a la hora de configurar el sistema de garantías jurisdiccionales de los derechos.

### **2.2.2 Concepción autoritaria del proceso político.**

Otra de las características de la Constitución chilena, que incide directamente en el contenido y protección de los derechos fundamentales, es la concepción autoritaria que ésta posee sobre el proceso político, lo que se traduce en una fuerte desconfianza hacia las instituciones propias de la democracia representativa. Esta

---

y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias.

Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado;

<sup>131</sup> Bassa, J., *El Estado Constitucional de Derecho. Efectos sobre la Constitución vigente y los derechos sociales*, Lexis Nexis, Santiago de Chile (2008), p. 193.



circunstancia no es para nada novedosa. En efecto, se ha hablado bastante de que ésta es un intento deliberado por limitar la participación ciudadana. Al respecto el concepto clave para entender gran parte de la arquitectura de la Carta de 1980 es el de “democracia protegida”. Según Couso y Coddou, este concepto fue propiciado por el mismo Jaime Guzmán, que es quien lideró el proceso constituyente, y expresa la “profunda desconfianza respecto de la capacidad de la población de auto determinarse políticamente que predominó al interior del régimen militar que impulsó la Constitución de 1980”<sup>132</sup>.

Como se puede intuir, la verdad es que esta expresión acuñada entre los juristas partidarios del régimen y popularizada en el resto de la doctrina, no esconde más que un eufemismo para hacer referencia a un tipo de democracia limitada o imperfecta. Tan imperfecta, que en su formulación original, la Constitución de 1980 difícilmente habría aprobado un examen imparcial de legitimidad democrática. Evidentemente, es innegable que la situación inicial ha mejorado bastante, pero hoy en día ésta sigue siendo una deuda que no se acaba de purgar en su totalidad. Antes de comentar qué es lo que exactamente significa esta idea de la “democracia protegida”, vale la pena hacer el paralelo entre la idea de “democracia protegida” y otro concepto con el que a veces tiende a ser confundido por la doctrina nacional y que por estos días goza de buena salud en Derecho comparado: el de democracia militante. Esto es importante, porque incluso en algún momento el mismo Tribunal Constitucional utilizó este segundo concepto para justificar el antiguo artículo 8º<sup>133</sup>.

Popularizada a partir de la Ley Fundamental de Bonn, la idea de democracia militante surge incluso antes de la Segunda Guerra Mundial, para proteger a los ordenamientos europeos inspirados en principios liberales de los ataques furibundos de que en esta época

---

<sup>132</sup> Couso, J. y Coddou, A., “Las asignaturas pendientes de la reforma constitucional chilena”, en Fuentes, C. (ed.), *En nombre del pueblo: debate sobre el cambio constitucional en Chile*, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile (2010), p.192.

<sup>133</sup> Véase, el considerando 24 de la sentencia rol 21 de 1985, donde increíblemente se señala que: “el artículo 21 inciso 2º de su Constitución (se refiere a la Ley Fundamental de Bonn), (...) es la fuente inmediata del artículo 8º inciso 2º de nuestra Carta Fundamental”.

propinaron a la democracia liberal los partidos de inspiración fascista<sup>134</sup>. En términos generales, el concepto de democracia militante implica una serie de medidas destinadas a defender la democracia de sus enemigos que buscan destruirla, incluso utilizando sus mismas reglas. Se trata en definitiva, de una manera de resolver la vieja cuestión acerca de si la democracia puede ser tolerante con aquellos que son intolerantes.

El caso paradigmático de un país que cuenta con una democracia de este tipo es Alemania. A diferencia de una democracia procedimental, donde todas las posiciones políticas están permitidas, en la Ley Fundamental de Bonn se reconoce una suerte de núcleo inmodificable, que viene a coincidir con los principios básicos que la sociedad alemana aspira a proteger, los cuales devienen en intangibles para el legislador. En palabras de Fox y Nolte, “la democracia militante es una democracia sustantiva”.<sup>135</sup> De esta manera, en su esencia la democracia alemana no constituye una abstracción, sino un corpus de principios concretos. Pero además, la misma Constitución prevé una serie de mecanismos para defender esta democracia sustantiva del ataque de sus enemigos. Por ejemplo, el artículo 5º limita el derecho a la libertad de expresión en virtud de las “leyes generales”. En este mismo sentido, se sitúa la famosa cláusula que estipula que “la libertad de enseñanza no exime de lealtad a Constitución”. Pero sin duda, la principal disposición que permite hablar de democracia militante, es el párrafo cuarto del artículo 20 que reconoce el derecho a resistencia del pueblo alemán contra cualquiera que intente eliminar el orden establecido por la Constitución. Por último, dos disposiciones completan el cuadro: el artículo 79 apartado tercero, que prohíbe cualquier reforma constitucional que afecta a la organización de la Federación en Länder, el principio de la participación los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 al 20 (derechos fundamentales) y el artículo 21 apartado segundo, que permite declarar inconstitucionales a los partidos que por sus fines o el comportamiento de sus adherentes tiendan a desvirtuar o eliminar el

---

<sup>134</sup> Cfr. Loewenstein, K., “Militant Democracy and Fundamental Rights II”, en: *The American Political Science Review*, Vol. 31, núm. 4 (1937), pp. 638-658.

<sup>135</sup> Fox, G. y Nolte, G., “Intolerant Democracies”, en *Harvard International Law Journal*, vol. 36, núm. 1 (1995), p. 19.

régimen fundamental de libertad y democracia o poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania <sup>136</sup>.

Como se puede apreciar, el caso alemán de ninguna manera implica una limitación de la democracia *a priori*, sino que todo lo contrario. Precisamente el modelo se cimienta desde la base de reprimir los ataques con carácter *ex post* (salvo el caso de la cláusula pétrea del artículo 20 apartado segundo, que actúa de manera preventiva). Como veremos, el caso chileno es radicalmente distinto. Es por ello que difícilmente se puede hablar de democracia protegida o militante, sino derechamente de déficit democrático.

La Constitución chilena establece en su formulación original un modelo que se puede resumir en una sola frase: una profunda desconfianza hacia la autonomía del cuerpo político. En este sentido, contiene una serie de instituciones que por sí mismas, pero aún más en las interacciones que se generan entre ellas, producen derechamente efectos antidemocráticos. De este modo, el Constituyente de 1980 deliberadamente establece un sistema en el que se sustituye la voluntad del cuerpo político, independientemente de su contenido. Al respecto, se puede concluir que la Constitución presenta un profundo desprecio por la democracia representativa. Esto se manifiesta en los tres aspectos que a continuación comentamos: composición del Senado, sistema electoral y el excesivo uso de mayorías cualificadas en la aprobación de la ley.

Respecto del primer punto, se establece una composición mixta del Senado donde algunos de sus miembros son electos y otros son designados por distintas autoridades del Estado. Originalmente, la Cámara Alta se componía de 35 miembros: 26 elegidos por votación popular (74,3 %) y 9 designados por diferentes autoridades (25,7%)<sup>137</sup>. Estos últimos eran los llamados “Senadores

---

<sup>136</sup> Cfr. Wise, J., “Dissent and the Militant Democracy: The German Constitution and the Banning of the Free German Workers Party”, en *University of Chicago Law School Roundtable*, núm. 5 (1998), pp. 307-308.

<sup>137</sup> La Ley N° 18.825 de 1989, que introdujo 54 reformas a la Constitución para hacer posible la transición a la democracia, no consiguió modificar la composición del Senado, logrando solo minimizar el efecto de los Senadores designados elevando el número de los elegidos democráticamente. Así, en el reformado artículo 45, seis circunscripciones se dividen en dos, aumentando de esta manera el número de Senadores democráticamente electos (de 22 a 38). Por

Institucionales”, a modo de perífrasis de lo que verdaderamente representaban: una institución de un régimen marcadamente antidemocrático. Los Senadores designados se elegían de la siguiente manera de acuerdo al original artículo 45 de la Constitución: un ex Contralor General de la República designado por la Corte Suprema, tres ex Comandantes de las FFAA y ex General Director de Carabineros (policía uniformada) elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional, un ex rector de una universidad pública o reconocida por el Estado y un ex Ministro de Estado designados ambos por el Presidente de la República.

Este sistema de composición mixta del Senado fue eliminado en virtud de la Ley de Reforma Constitucional N° 20.050 del año 2005. El comportamiento político de los Senadores institucionales designados por el gobierno militar en 1990, fue claramente de oposición a los gobiernos de los Presidentes Aylwin y Frei Ruiz-Tagle durante la primera legislatura (1990-1998). De esta manera, los Senadores designados se convirtieron en un bastión importante de defensa del *statu quo*, y contribuyeron en una importante medida a que este diseño institucional se mantuviera por largos quince años. Lógicamente, la correlación de fuerzas en el Senado se fue alterando cuando el mismo gobierno democráticamente electo tuvo la posibilidad de designar a sus propios Senadores. De todas formas, este hecho no cambió nada desde el punto de vista de la legitimidad democrática de la función legislativa durante la transición.

A lo anterior, hay que agregar que el mismo artículo 45 de la Carta de 1980 dispuso que los ex Presidentes de la República que hubieren ejercido el cargo al menos durante 6 años, adquirieran el derecho a ocupar un puesto vitalicio en el Senado. En virtud de esta norma, el mismo Augusto Pinochet llegó a ser investido Senador en el año 1998, luego de pasar a retiro de su cargo de Comandante en Jefe del Ejército. También accedió al Senado de esta manera el ex Presidente Frei Ruiz-Tagle, quien permaneció en el cargo hasta el año 2005, cuando la norma fue derogada.

El segundo aspecto en el cual se materializa el concepto de democracia protegida, dice relación con el sistema electoral

---

esta razón, el Parlamento que establecía el artículo 45 en su versión original nunca llegó a existir.

empleado para las elecciones parlamentarias. Nuevamente aquí se vuelve a imponer como objetivo limitar la decisión del cuerpo político con un sistema electoral que sirviera para imponer el consenso y la negociación entre los grupos parlamentarios en perjuicio de la regla de la mayoría. De esta manera, se pretendió establecer un sistema que produjera fundamentalmente dos efectos: la exclusión de los extremos políticos en el Parlamento y un empate virtual entre las dos colisiones más votadas, lo que traería como consecuencia una tendencia hacia el centro político.

Con esta finalidad, se diseñó el denominado “sistema binominal”. Dicho sistema electoral se funda en el principio básico de que todas las circunscripciones o distritos, según sea el caso, eligen dos representantes<sup>138</sup>. Cada lista puede presentar a las elecciones un máximo de dos candidatos. Las listas son abiertas, pues los electores votan por un candidato y no por una lista. No obstante, los escaños se atribuyen a las listas, y luego se determina dentro de éstas qué candidato resulta electo. Al momento de traducir los votos en escaños, los votos obtenidos por ambos candidatos se suman a efectos de determinar cuántos cargos corresponden a cada lista; cada una de las dos listas más votadas obtiene un escaño. Luego se asignan los escaños al interior de las listas según la votación individual de cada candidato. La lista que alcanza el primer lugar en una circunscripción sólo puede obtener ambos escaños si logra más que el doble del total de sufragios que la lista que obtuvo el segundo lugar. En caso contrario, cada una de las dos listas más votadas consigue un escaño<sup>139</sup>.

El sistema binominal ha sido claramente el tópico más debatido de la débil democracia chilena<sup>140</sup>. En concreto, ha intentado modificarse en siete ocasiones, fracasando todas ellas. En efecto, cuenta con férreos partidarios que ven en él un requisito indispensable para el buen funcionamiento de las instituciones y

---

<sup>138</sup> La diferencia entre distrito y circunscripción es nada más una cuestión de nomenclatura. Se habla de distrito cuando se hace referencia a la elección de Diputados y circunscripciones en la elección de Senadores.

<sup>139</sup> Cfr. Carey, J., y Siabelis, P., “El seguro para los subcampeones electorales y la sobrevivencia de la Concertación” en *Estudios Públicos*, núm. 90 (2003), p. 8.

<sup>140</sup> Por todos: Von Baer, E., “Sistema binominal: consensos y disensos”, en AAVV, *Reforma del sistema electoral chileno*, Centro de Estudios Públicos – C y C Impresores, Santiago de Chile (2009), pp. 177-206.

que lo consideran determinante en la estabilidad y gobernabilidad que alcanzó Chile en la década de 1990<sup>141</sup>. No pretendemos entrar en la discusión acerca de qué sistema es más o menos adecuado para la realidad chilena. Desde nuestro punto de vista, solamente nos hemos limitado a constatar cómo dicho sistema ha producido efectos claramente antidemocráticos, como por ejemplo, excluir del derecho de sufragio pasivo a todos los partidos políticos que no se han integrado en uno de los dos grandes bloques. Por otra parte, los dos bloques mayoritarios se han visto considerablemente sobre representados. De esta manera, el sistema ha castigado excesivamente las candidaturas independientes y a los partidos no alineados y ha constituido una importante limitación desde el punto de vista de la legitimidad democrática.

El tercer aspecto, que se suma a los dos anteriores en este diseño institucional denominado democracia protegida, es la frondosa tipología legislativa que establece el Constituyente de 1980 y la excesiva utilización de las mayorías cualificadas en el procedimiento legislativo. En efecto, a partir del original artículo 63 de la Constitución (actual 66 luego de la reforma de 2005) se deriva una amplia tipología de las leyes en relación a las mayorías requeridas en el Parlamento para su aprobación. En síntesis, se distingue entre: leyes interpretativas de la Constitución, leyes orgánicas constitucionales y leyes de quórum calificado como categorías intermedias entre la ley ordinaria y la Constitución.

Concretamente, las leyes interpretativas de la Constitución requieren para su aprobación o modificación un quórum de las tres quintas partes de los Senadores y Diputados en Ejercicio. Las leyes orgánicas constitucionales requieren para su aprobación, modificación o derogación, de las cuatro séptimas partes de los Diputados y Senadores en ejercicio. Las leyes de quórum calificado, requieren para su aprobación, modificación o derogación la mayoría absoluta de los Senadores y Diputados en ejercicio. En tanto que en el caso de las leyes ordinarias, basta con la mayoría simple de Diputados o Senadores presentes.

---

<sup>141</sup> Por todos: Carey, J., “Las virtudes del sistema binominal”, en *Revista de Ciencia Política (PUC)*, vol. 26, núm. 1 (2006), pp. 226-235.

Respecto de las primeras, se ha dicho por la doctrina nacional que éstas son aquellas que “aclaran o precisan el sentido de la Constitución”<sup>142</sup>. Debido al alto quórum de aprobación (el que es idéntico al quórum ordinario de reforma constitucional), en la práctica éstas poseen un rango cuasi constitucional. Como sea, se trata de una categoría extraña respecto de la cual es difícil encontrar parangón en el Derecho comparado, pues sin implicar una reforma de la Constitución, en términos prácticos las leyes interpretativas de la Constitución inciden en su contenido, sobre todo teniendo en cuenta que el artículo 9 inciso 2º del Código Civil dispone que las leyes que se limiten a declarar el sentido de otras leyes interpretativas de la Constitución se entenderán incorporadas en éstas. El caso que quizás puede resultar más cercano, es el de las “leyes constitucionales” en Italia, en la medida que éstas se distinguen de las denominadas “leyes de revisión constitucional” que equivaldrían a la reforma constitucional, pero que por otra parte también responden a una categoría distinta de la ley orgánica que en dicho ordenamiento jurídico es inexistente<sup>143</sup>. De todos modos, el concepto de italiano de ley constitucional es difícil de aprehender. Así por ejemplo, Martines expresa más allá de los requisitos formales *ex art.* 38 de la Constitución italiana, el criterio sustancial para identificarlas es que éstas tienen una naturaleza integradora, aunque luego reconoce que la diferencia entre modificar e integrar muchas veces puede resultar difusa<sup>144</sup>. En Chile el debate sobre las leyes interpretativas de la Constitución ha sido inexistente.

Con respecto a las leyes orgánicas constitucionales, en Derecho comparado se entienden por tales aquellas que requieren de una mayoría cualificada superior a las leyes ordinarias, y como señala Palermo, normalmente se utilizan para reglamentar materias que son “particularmente delicadas” en el marco de un Estado<sup>145</sup>. Ahora bien, qué materias son reguladas mediante ley orgánica es una cuestión que sólo encuentra respuesta en el marco de un

---

<sup>142</sup> Urzúa, G., *Manual de Derecho constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago (1991), p. 17.

<sup>143</sup> Cfr. Palermo, F., “La produzione giuridica e i sistema delle fonti”, en Carroza, P. et al (ed.), *Diritto Costituzionale comparato*, Editori Laterza, Bari (2009), pp. 835-836.

<sup>144</sup> Cfr. Martines, T., *Diritto Costituzionale*, 12ª edición, Giuffrè Editore, Milán (2010), p. 294.

<sup>145</sup> Palermo, F., *Ob. Cit.*, p. 836.

ordenamiento jurídico concreto. Por ejemplo, en el caso francés la Constitución sólo se limita a regular al procedimiento de aprobación, pero no indica con precisión un concepto de ley orgánica<sup>146</sup>, aunque la doctrina incluso desde antes de la Constitución de 1958 ya venía elaborando uno. Al respecto, Meny apunta que “se trata de textos legislativos cuyo propósito es el funcionamiento o la organización de los poderes públicos a partir de las normas enunciadas en la Constitución”<sup>147</sup>. De esta manera, el concepto francés de ley orgánica se circunscribe siempre a una norma que regula las bases esenciales de un órgano o un régimen especial dentro del marco general de la Constitución (aunque la determinación de las materias sea *ad casum*), pero que a su vez, está sometido a un procedimiento especial de aprobación.

Por el contrario, en el caso español además del aspecto formal que se expresa únicamente en la mayoría cualificada que se requiere para su aprobación, el elemento material se señala explícitamente ex artículo 81.1 de la Constitución<sup>148</sup>. Sin perjuicio de que se ha debatido bastante, hoy parece haber unanimidad en la doctrina, estando también aceptado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en que una ley orgánica ostenta tal carácter, y como

---

<sup>146</sup>Art. 46 CF:

*“Les lois auxquelles la Constitution confère le caractère de lois organiques sont votées et modifiées dans les conditions suivantes.*

*Le projet ou la proposition ne peut, en première lecture, être soumis à la délibération et au vote des assemblées qu’à l’expiration des délais fixés au troisième alinéa de l’article 42. Toutefois, si la procédure accélérée a été engagée dans les conditions prévues à l’article 45, le projet ou la proposition ne peut être soumis à la délibération de la première assemblée saisie avant l’expiration d’un délai de quinze jours après son dépôt.*

*La procédure de l’article 45 est applicable. Toutefois, faute d’accord entre les deux assemblées, le texte ne peut être adopté par l’Assemblée nationale en dernière lecture qu’à la majorité absolue de ses membres.*

*Les lois organiques relatives au Sénat doivent être votées dans les mêmes termes par les deux assemblées.*

*Les lois organiques ne peuvent être promulguées qu’après déclaration par le Conseil constitutionnel de leur conformité à la Constitution”.*

<sup>147</sup> Meny, Y., “El proceso legislativo en Francia”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 16 (1986), pp. 163-164.

<sup>148</sup> Art. 81.1 CE: “Son Leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución”.



tal es lícita constitucionalmente, siempre, que además de ser aprobada por mayoría absoluta, regula las materias que a ella le ha reservado la Constitución. En este sentido, Lasagabaster señala que la ley orgánica “requiere junto a la aprobación por la mayoría absoluta del Congreso que regule unas materias en concreto. Si se incumple alguno de estos dos componentes, la Ley Orgánica no será tal”<sup>149</sup>

El Constituyente chileno siguió el ejemplo de la Constitución francesa de 1958, pero elevó el quórum necesario para aprobarlas, de mayoría absoluta (en la Asamblea Nacional que establece el artículo 46 de la Constitución francesa) a cuatro séptimas partes de los Diputados y Senadores en ejercicio en el artículo 63 (actual 66) de la Constitución chilena. En cuanto a las materias, igualmente se señala caso a caso las materias que requieren ley orgánica, pero a veces sin unidad de criterio. Así por ejemplo, la mayoría de las situaciones son cuestiones relativas al establecimiento de las bases esenciales de los órganos públicos, aunque en ocasiones también se requiere que ciertos derechos fundamentales sean regulados por esta vía, aunque en este caso la selección no es sistemática, como sí lo es por ejemplo el caso español. Otro dato relevante es el blindaje que la Constitución emplea respecto de las materias propias de ley orgánica a pesar de que anteriormente se encontraran regulados por una ley ordinaria, en este sentido, la disposición transitoria quinta, dispuso que “las leyes actualmente en vigor sobre materias que conforme a esta Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o aprobadas con quórum calificado, cumplen éstos requisitos y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales”.

En tercer lugar, la Constitución chilena establece un eslabón intermedio entre leyes orgánicas constitucionales y leyes ordinarias: las leyes de quórum calificado, que se establecen para un catálogo bastante amplio y heterogéneo de materias, no obstante las sucesivas reformas constitucionales han ido restringiendo progresivamente su ámbito de acción. En el articulado actual de la Constitución aún quedan las siguientes materias que deben ser reguladas mediante una ley de quórum calificado:

---

<sup>149</sup> Lasagabaster, I., *Fuentes del Derecho*, LETE, Bilbao (2007), p. 74.

- Conductas terroristas y su penalidad (art. 9 inciso 2°).
- Establecimiento de la pena de muerte (19 N° 1).
- Sanción a los delitos y abusos que se comentan en ejercicio de las libertades de expresión e información (19 N° 12, inciso 1°).
- Consejo nacional de Televisión (19 N° 12 inciso 6°).
- Leyes que regulen el ejercicio del derecho a la seguridad social (19 N° 8).
- Desarrollo por parte del Estado o de sus organismos de actividades empresariales (19 N° 21 inciso 2°)
- Limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes (19 n° 23 inciso 2°).
- Endeudamiento público que exceda el periodo presidencial dentro del cual se contrae (63 N° 7)
- Regulación de la posesión y tenencia de armas (artículo 103).

Pues bien, retomando la idea de los límites a la autonomía del cuerpo político que establece la Constitución de 1980, si ya cada uno de estos elementos individualmente considerados produce efectos contra mayoritarios, éstos tienden a multiplicarse producto de las interacciones que se generan entre cada uno de ellos. En este sentido, superponer un Senado mixto compuesto por un 25% de miembros designados por órganos afines al gobierno militar, un sistema electoral que tiende a provocar un empate en la distribución de escaños en el Parlamento y la imposición de súper mayorías a la actividad legislativa, llevaron a que durante las dos primeras décadas de restablecimiento de la democracia en Chile no prosperara ningún proyecto de reforma que impusiera modificaciones sustanciales al *statu quo* pinochetista.

A esto se debe agregar, que la democracia chilena durante sus primeros 15 años estuvo, tanto *de iure* como de facto, tutelada por las Fuerzas Armadas. Incluso éstas intervinieron directamente en un par de ocasiones durante esta época. Lo increíble, es que dicha intervención era constitucionalmente lícita a la luz del artículo 90 inciso 2° de la Constitución que consagraba el papel de las Fuerzas Armadas como garantes de la institucionalidad establecida por el

Constituyente de 1980<sup>150</sup>. Así las cosas, durante el Gobierno de Patricio Aylwin (1990-1994) el Ejército se encargaría en dos oportunidades de mostrar su descontento respecto de cómo se conducían las relaciones cívico-militares mediante sendos acuartelamientos. Nos referimos, por cierto, a los recordados casos que pasarían a la historia como “el ejercicio de enlace”, en diciembre de 1990, y “el boinazo” en 1993, llegando el General Pinochet en esta última oportunidad, a disponer que un grupo de comandos fuertemente armados se instalara a las afueras del Palacio de la Moneda, mientras el Presidente Aylwin se encontraba fuera del país.<sup>151</sup>

En materia de derechos fundamentales, la idea de la democracia protegida se manifiesta en el hecho de que los derechos políticos se encuentran absolutamente preteridos en la Carta de 1980. Tal es el menosprecio del constituyente por éstos que no son incluidos en el capítulo tercero, que es donde se consagra en la Constitución chilena la declaración de derechos. Como consecuencia de ello, éstos carecen de toda garantía jurisdiccional y no gozan del mismo nivel de rigidez constitucional que el resto de los derechos enumerados en el artículo 19. Sin duda, la expresión máxima de este desprecio por los derechos políticos fue el ya comentado artículo 8° que propició una verdadera “caza de brujas”, que alcanzó los límites del paroxismo con la sentencia Rol N° 21 de 1985 que declaró inconstitucionales el Movimiento Democrático Popular, el Partido Comunista de Chile, el Movimiento de Izquierda Revolucionaria y la facción del Partido Socialista que encabezaba Cloromiro Almeyda<sup>152</sup>.

---

<sup>150</sup> Por todos: Godoy, O., “¿Pueden las Fuerzas Armadas ser garantes de la Democracia?”, en *Estudios Públicos*, núm. 61 (1996), pp. 269-307.

<sup>151</sup> Puede consultarse la prensa de la época en el sitio web: <http://www.museodeprensa.cl/1993/el-boinazo>

<sup>152</sup> Una buena muestra del carácter de la sentencia es el considerando 47°, que constituye en gran medida la *ratio decidendi* del fallo:

“47°. Que, por otra parte, el "Movimiento Democrático Popular (MDP)" y sus principales adherentes, las disueltas entidades denominadas "Partido Comunista de Chile", "Partido Socialista de Chile (fracción Almeyda)" y "Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR)", no sólo profesan y propugnan la doctrina marxista-leninista y la violencia como método válido de acción política, sino que, también, propagan esa doctrina. Es decir, la difunden con ánimo proselitista y, como es obvio, con la clara intención de captar adeptos. Así lo dejan en evidencia los antecedentes de autos:

Para finalizar este punto, es bueno dejar en claro que la arquitectura constitucional que establecía el texto original de la Carta de 1980, hoy se encuentra parcialmente derogada. Luego de quince años de vigencia real, en el año 2005 recién se pudieron alcanzar los consensos necesarios para eliminar los aspectos que eran absolutamente indefendibles desde el punto de la democracia representativa<sup>153</sup>. Así las cosas, la Ley de Reforma Constitucional N° 20.050 eliminó la institución de los Senadores designados y el rol de las Fuerzas Armadas como garantes de la institucionalidad, pero conservó el sistema binominal y los distintos tipos de leyes en relación a la mayoría necesaria para su aprobación.

Visto lo anterior, es indiscutible que hoy Chile goza de una Constitución más democrática que en 1980. Sin embargo, desde nuestra óptica, es decir desde la concepción que el constituyente de

---

Publicaciones del documento denominado "Al Pueblo de Chile, Manifiesto del Movimiento Democrático Popular" de septiembre de 1983 (documento N° 25); divulgación masiva de las "Conferencias Nacionales del Partido Comunista" de los meses de enero y junio de 1984 (documentos números 5 y 6); folleto titulado "A cien años de Marx" de personeros del Partido Comunista de noviembre de 1983 (documento N° 57); publicación del Partido Comunista denominada "Una Respuesta a Nuestros Detractores" de febrero de 1984 (documento N° 29); "Boletín Comité Central" del Partido Socialista de Chile, órgano oficial N° 61, de marzo de 1983 (documento N° 54).

De gran importancia es destacar el hecho de pública notoriedad que los llamados "Movimiento de Izquierda Revolucionaria MIR" y "Partido Comunista de Chile" editan sendos periódicos. En efecto el MIR publica como órgano oficial de su movimiento en la clandestinidad, el periódico "El Rebelde", del cual se acompañan los números 193 de diciembre de 1982 y 207 de marzo de 1984 (documentos números 40 y 46). Por su parte, el llamado "Partido Comunista", edita como sus órganos oficiales tanto el boletín de prensa "El Siglo" como el periódico de ese nombre, de los cuales se han agregado a los autos el N° 17, de febrero de 1984 y el N° 7.585, de enero de ese año, respectivamente (documentos números 49 y 58).

Todas estas publicaciones, como lo demuestra su contenido, están destinadas a propagar la doctrina que profesan sus autores;"

<sup>153</sup> La Constitución de 1980 sólo comenzó a tener una eficacia real nueve años después de su entrada en vigor. En efecto, ésta contenía originalmente 29 disposiciones transitorias destinadas a ser aplicadas en el periodo denominado de transición constitucional que comprendía desde su promulgación, es decir el 11 de marzo de 1981, hasta el 11 de marzo de 1989. En términos generales, en este periodo gran parte de las instituciones constitucionales se encontraban en receso, por lo cual la Constitución careció de eficacia, respecto de la mayoría de las normas que establecía.

1980 tiene sobre los derechos fundamentales, las cosas no han cambiado mucho y hoy los derechos políticos están aún todavía lejos de convertirse en la práctica en derechos fundamentales y los efectos de esta concepción autoritaria del proceso político aún se dejan sentir. Desde este punto de vista, seguimos casi igual que en 1980. A título de ejemplo, nada más basta recordar que parece mentira que aún los chilenos que viven en el extranjero no puedan participar en los procesos electorarios o que las autoridades regionales sean electas desde el nivel central y no por los ciudadanos, que es lo que corresponde en un régimen democrático.

### **2.2.3 Predominio de las libertades con contenido económico directo.**

Otra de las características de la declaración de derechos que se observan a simple vista, es su acento en los derechos con contenido económico. Nuevamente, la decisión del constituyente acerca de qué derechos considera más importantes, no es más que una consecuencia de la concepción general que posee sobre la conducción del proceso económico y la participación del Estado en la economía. En este aspecto, la Constitución de 1980 se diferencia claramente de su antecesora que se mostraba en términos absolutamente neutrales acerca del papel que el Estado debía desempeñar en el proceso económico. La prueba más fehaciente de esta neutralidad está dada por el hecho de que con la constitución de 1925 gobernaron Presidentes de las más diversas tendencias políticas: desde liberales de derechas, hasta socialistas de inspiración marxista. En la Constitución de 1980, el papel del Estado en la economía queda delimitado *ex ante* con independencia del gobierno de turno y se reduce a una función de Estado policía destinado a mantener el orden público y a asegurar el derecho de propiedad y las libertades de contenido económico. Por la misma razón, el Estado solo podrá intervenir en actividades económicas cuando lo permita el principio de subsidiariedad.

Esta es una cuestión pacífica en la doctrina<sup>154</sup>. Existe consenso entre los autores en el hecho de que la Constitución de 1980 no solamente expresó su preferencia por una opción en materia económica, sino que además estableció al respecto una prolija regulación, que incluso ha sido bautizada por algunos con la denominación de “orden público económico”<sup>155</sup>. Así por ejemplo, Ferrada sostiene que el orden constitucional chileno en materia económica, no sólo se limita a contener los principios económicos generales, sino que además se sitúa en el plano de de lo que él, recogiendo la nomenclatura comparada, denomina una “constitución económica”<sup>156</sup>.

Dicha regulación claramente establece un régimen de economía de libre mercado con una notable tendencia a la desregularización, en la que las características más importantes son la mínima presencia del Estado y un margen de libertad extraordinariamente amplio para la actividad empresarial de los particulares<sup>157</sup>. Este nuevo orden en materia económica se traduce en tres pilares básicos: principio de subsidiariedad, derechos y libertades de los ciudadanos en materia económica y fortalecimiento de las instituciones de control.

En relación a lo primero, ya el artículo 1º inciso segundo de la Constitución parte de una premisa que implica la asunción de los postulados de la filosofía liberal: “El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”, señala la citada disposición. De acuerdo con ello, el Estado chileno solamente podrá desarrollar actividades económicas en el caso de que los particulares no estén

---

<sup>154</sup> Por todos: Covarrubias, I., “Subsidiariedad y Estado empresario”, en *Revista de Derecho Público (Universidad de Chile)*, 66 (2004), pp. 251-272.

<sup>155</sup> Sobre el origen, alcances y problemas de la noción de Orden Público Económico, véase al respecto: Masbernat, P. y Hurtado J., “Crítica al concepto de Orden Público Económico”, en *Revista de Derecho Público (Universidad de Chile)*, 66 (2004), pp. 201-223.

<sup>156</sup> Cfr. Ferrada, J.C., “La Constitución económica de 1980. Algunas reflexiones críticas”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, núm. 11, (2000), p.47.

<sup>157</sup> En la doctrina nacional tal vez el único autor que ha defendido una posición distinta, en el sentido de que la Constitución de 1980 habría consagrado un modelo de Estado social de Derecho ha sido Enzo Solari. Al respecto véase: Solari, E., “Recepción en Chile del Estado social de Derecho”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, núms. 2-3 (1993), pp. 333-344.

capacitados para llevarlas a cabo o no deseen hacerlo. La razón la explicaba Miguel Kast, uno de los economistas de mayor injerencia en el Gobierno de la época: “el Estado productor, además de descuidar lo social y de debilitar la inversión total del país por la vía de debilitar la inversión privada, es un Estado que necesariamente descuida lo normativo, porque es juez y parte a la vez”<sup>158</sup>. En el mismo sentido se expresaba la Declaración de Principios del Gobierno de Chile que proclamaba que al Estado: “le corresponde asumir directamente sólo aquellas funciones que las sociedades intermedias o particulares no están en condiciones de cumplir adecuadamente, ya sea porque de suyo desbordan sus posibilidades (caso de la Defensa Nacional, las labores de Policía y las Relaciones Exteriores) o porque su importancia para la colectividad no aconseja dejar entregadas a grupos particulares restringidos (caso de los servicios o empresas estratégicas o fundamentales para la nación), o porque envuelven una coordinación general que por su naturaleza corresponde al Estado”.

A su vez, el artículo 1º de la Constitución debe ser relacionado con el artículo 19 N° 21, que a propósito del derecho a la libre iniciativa económica, establece que: “El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza”. En este sentido puntualiza Bertelsen, que estas normas puestas en relación significan que “la regla general es la libertad de los particulares para desarrollar cualquier actividad económica lícita y la prohibición para el Estado de intervenir en el campo empresarial, menos que se dé una autorización legislativa expresa”<sup>159</sup>.

Dicho esto, estamos en condiciones ya de entroncar con el segundo aspecto de este denominado “orden público económico”: los derechos. En efecto, la Constitución de 1980 contempla un extenso catálogo de derechos con un contenido económico, directo. Estos son:

---

<sup>158</sup> Kast, M., “Relaciones de la política económica con la administración del Estado de Chile. El Estado empresario y el principio de subsidiariedad”, en *Estudios Públicos*, núm. 13 (1983), p.223.

<sup>159</sup> Bertelsen, R., “El Estado empresario en la Constitución de 1980”, en *Revista Chilena de Derecho*, núm. 14 (1987) p. 123.

- Derecho de asociación (19 N° 15).
- La libertad de trabajo (19 N° 16).
- La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas (19 N° 20).
- El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen (19 N° 21).
- La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica (19 N° 22).
- La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes (19 N° 23)
- El derecho de propiedad en sus diversas especies y sobre toda clase de bienes corporales e incorporales (19 N° 24).
- Protección de algunas propiedades especiales como la propiedad industrial e intelectual (19 N° 26).

Estos derechos cumplen la función de posibilitar a los particulares y a los grupos intermedios el cumplimiento de sus fines y la realización de actividades de sociales en sentido amplio, pero especialmente de actividades lucrativas y vienen a hacer realidad la cláusula del artículo 1° que señala que el Estado reconoce a los grupos intermedios y les “garantiza la adecuada autonomía para el cumplimiento de sus fines”. Pues bien, esa garantía de la que habla la mencionada norma se traduce justamente en los derechos que anteriormente hemos enunciado.

Finalmente, al hablar de orden público económico en la Constitución chilena, es ineludible hacer referencia a las instituciones de control, dentro de las cuales el Banco Central, ocupa un lugar destacado. No obstante, en esta ocasión solo dejaremos el tópico mencionado y no entraremos en él, debido a la poca incidencia que ejerce sobre nuestro objeto de estudio.

Simplemente como conclusión, podemos rescatar la idea de que en la Carta de 1980, los derechos de contenido económico ocupan un lugar verdaderamente preponderante en la declaración de derechos. En este sentido, pareciera ser que el Constituyente de 1980 identifica derechos fundamentales principalmente con la idea de



libertades negativas. Asimismo, como veremos más adelante, la preocupación por protegerlos explicará la irrupción en el ordenamiento jurídico chileno de una serie de mecanismos jurisdiccionales para su tutela.

#### **2.2.4 Declaración de derechos de inspiración iusnaturalista**

No obstante no existe mención expresa al respecto en el texto constitucional, se sostiene por parte importante de la doctrina que la Constitución de 1980 adopta claramente una postura iusnaturalista de inspiración cristiana en lo que dice relación al fundamento de los derechos. La verdad es que esto es discutible, en la medida que como señalábamos no existe en el texto ninguna mención acerca del cristianismo o la iglesia católica. De todos modos, lo que sí es seguro es que las referencias al iusnaturalismo sí son claras. Así por ejemplo, en el artículo 1° se proclama que “las personas nacen libres e iguales en dignidad o derechos” o en el 5° inciso segundo, se habla de “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”.

No obstante, entre los juristas que apoyaron explícitamente al gobierno militar ha habido un intento evidente por situar dicho iusnaturalismo dentro del pensamiento cristiano. Al respecto, Sergio Diez, señala que la Constitución Política de 1980 “ha tomado el partido de una Constitución valórica (*sic*) y, por lo tanto, ha puesto fin a esa ambigüedad existente entre los derechos del hombre y la soberanía popular, conceptos que nacieron con la revolución francesa, propulsora e inventora de ambos”<sup>160</sup>. Agrega el mismo autor, que: “en los debates de la CENC quedó absolutamente en claro que estábamos hablando de un humanismo cristiano”<sup>161</sup>. Incluso siendo consciente del hecho de que no existe una declaración expresa en este sentido, insiste afirmando que: “los constituyentes estábamos formados por el concepto de una sociedad cristiana, y en el debate de innumerables instituciones se dejó

---

<sup>160</sup> Diez, S., *Personas y valores. Su protección constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile (1999), p. 21

<sup>161</sup> Diez, S., *Ob. Cit.*, p. 23.

constancia que el sentido que tienen algunas como el matrimonio o, la propiedad, la libertad, etc., es precisamente el sentido que el cristianismo le atribuye”<sup>162</sup>.

Es importante destacar, que hoy no toda la doctrina se encuentra conteste en que la Carta de 1980 presenta homogeneidad desde el punto de vista axiológico. Por ejemplo, Bassa y Viera, si bien coinciden en que se trata de una Constitución altamente ideológica, discrepan del hecho de que la concepción iusnaturalista de inspiración católica sea la única fuente axiológica del constituyente, agregando que éste carece de coherencia al respecto, pues en su texto se tratan de conciliar ideas bastante diversas. En síntesis, dichos autores afirman que el único elemento aglutinador de estas diversas posiciones era su apoyo al régimen militar. Por ello sostienen que la Constitución de 1980 se caracteriza por una suerte de “sincretismo epistemológico”<sup>163</sup>, y en ella, es posible advertir que a lo largo de sus disposiciones conviven la influencia de la filosofía escolástica, el anarco liberalismo de Von Hayek y los postulados de democracia instrumental de Schmitt, generando evidentes tensiones e incluso contradicciones en la consagración de determinados conceptos fundamentales de la Constitución.

No podemos sino concordar con los citados autores y a nuestro juicio, donde se expresan con mayor claridad estas tensiones es en las cláusulas que establecen límites a los derechos. En efecto, esta circunstancia permite comprender el frecuente exceso en el establecimiento de limitaciones, las que muchas veces resultan inconexas, y que en la práctica vuelven inoperante en no pocas ocasiones a las normas del artículo 19. Al respecto, un buen ejemplo es el derecho de asociación, donde el inciso segundo del artículo 15 de la Constitución prohíbe las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado. Lo que es demasiado respecto de un derecho que normalmente en otros

---

<sup>162</sup> *Ibíd.*

<sup>163</sup> Bassa, J. y Viera, C., “Contradicciones de los fundamentos teóricos de la Constitución chilena con el Estado constitucional: notas para su reinterpretación”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 21, núm. 2, (2008), pp.131-150.

ordenamientos suele encontrar límites exclusivamente en la comisión de delitos<sup>164</sup>.

De todas formas, creemos que el problema no se encuentra en la heterogeneidad axiológica del constituyente de 1980. En efecto, hoy las distintas Constituciones tienen por definición un papel importante en la gestión de los acuerdos y desacuerdos en el contexto de sociedades plurales. El problema creemos aquí es otro: la difícil convivencia de los valores propios del autoritarismo que suscribían los juristas de la dictadura con un modelo normativo ajeno a estos postulados, como es el Estado Constitucional y Democrático de Derecho, generando una evidente tensión en la aplicación de la norma fundamental.<sup>165</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, es innegable eso sí, el papel que jugó el conservadurismo de inspiración católica dentro del gobierno militar. Lo cierto es que su proyecto constitucional siempre tuvo una vocación fundacional. En efecto, como señala Huneeus, desde un comienzo las Fuerzas Armadas asumieron “el patriótico compromiso de restaurar la chilenidad, la justicia y la institucionalidad quebrantada”<sup>166</sup>. En este sentido, Pinochet definió una ambiciosa agenda en la que se planteaban importantes objetivos de carácter político, económico, social y cultural. El principal objetivo del nuevo orden no se refería sólo a alcanzar metas de carácter político-institucional, sino también a “cambiar los valores de los chilenos”<sup>167</sup>. Al respecto, Eduardo Soto Kloss, en un artículo sobre el concepto de familia que reconoce la Constitución, presenta de manera bastante clara como esta ideología se va plasmando en una serie de documentos preconstitucionales. Así por ejemplo, nada más a un mes de haber sido designada la CENC, presentaba ésta un memorando a la junta de gobierno bajo el título de “Metas u Objetivos Fundamentales para la Nueva Constitución Política de la República,” de fecha 26 de noviembre de 1973, en el que ya están

---

<sup>164</sup> Véase por ejemplo el artículo 22.1 de la Constitución Española: “Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales”.

<sup>165</sup> Bassa, J. y Viera, C., Ob. Cit. p. 131-132.

<sup>166</sup> Huneeus, C., *El régimen de Pinochet*, Editorial Sudamericana, Santiago de Chile, (2000), p. 215.

<sup>167</sup> Huneeus, C., Ob. Cit., 217.

presentes estas ideas<sup>168</sup>. En dicho documento se señalaba: “La estructura constitucional descansará en la concepción humanista cristiana de la sociedad, que es la que responde al último sentir de nuestro pueblo y según la dignidad del ser humano su libertad y derechos fundamentales son anteriores al ordenamiento jurídico, el que debe prestarles segura y eficaz protección”.

Otro antecedente que resulta insoslayable en tal sentido, es el ya citado documento “Declaración de Principios del Gobierno Militar”, de fecha 11 de marzo de 1974, que hace hincapié en la concepción del hombre y de la sociedad que la junta de gobierno defiende, señalando al respecto, que ésta: “respeta la concepción cristiana sobre el hombre y la sociedad”, agregando que :“fue ella la que dio forma a la civilización occidental de la cual formamos parte, y es su progresiva pérdida o desfiguración la que ha provocado, en buena medida, el resquebrajamiento moral que hoy pone en peligro esa misma civilización”. Al respecto, sostiene que uno de los elementos centrales de ésta son los derechos naturales. Estos derechos como señala el documento tendrían su origen “en el propio creador”, por tanto “el Estado debe reconocerlos y reglamentar su ejercicio, pero no siendo él quien los concede, tampoco podría jamás negarlos”. A su vez, al cumplir un año de su trabajo, la CENC emitirá un informe a través de su presidente Enrique Ortúzar, dando cuenta al país de la labor realizada. En él se consigna que: “toda la estructura constitucional descansará en la concepción humanista de la sociedad, según la cual los derechos del ser humano son anteriores a todo ordenamiento jurídico”<sup>169</sup>.

Todos estos antecedentes se verán plasmados luego en el Acta Constitucional N° 2, de fecha 13 de septiembre de 1976, antecesor directo del artículo 19 de la Constitución. No obstante como ya señalábamos, en la Carta de 1980 no se hizo ninguna mención expresa relativa a la inspiración cristiana de la declaración de derechos, sin perjuicio de que los citados documentos permiten entender la causa de su evidente iusnaturalismo y la clara influencia del pensamiento católico. Sin embargo, teniendo esto en cuenta, el paso más osado lo ha dado la misma doctrina la que se ha mostrado

---

<sup>168</sup> Cfr. Soto Kloss, E., “La familia en la Constitución Política”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 21, núm. 2 (1994), p. 219.

<sup>169</sup> Citado por Soto, E., “La familia...”, Cit., p. 220.

abiertamente seguidora de una postura originalista en materia de interpretación constitucional, vinculando el sentido de las expresiones literales de la Constitución con los mencionados antecedentes, leyendo sistemáticamente bajo una óptica iusnaturalista la Constitución<sup>170</sup> y la declaración de derechos, e incluso como antes vimos, en algunas ocasiones en clave abiertamente confesional<sup>171</sup>. Esto la verdad es bastante grave.

Nuestra intención no es criticar el iusnaturalismo como modelo de fundamentación de los derechos, pero no se pueden soslayar las consecuencias que conlleva su utilización. Para explicar este punto recurriremos a la noción de “teoría de los derechos fundamentales”<sup>172</sup>, entendiendo por ésta “una visión sistemáticamente orientada sobre el carácter general, finalidad normativa y alcance material acerca de los derechos”<sup>173</sup>. De este modo, la particular visión de los derechos que cada teoría representa, repercute directamente en el contenido concreto de cada derecho y en sus formas de protección<sup>174</sup>. En este sentido, la adopción del iusnaturalismo como único modelo explicativo de los derechos en sociedades plurales como las contemporáneas, plantea problemas de suficiente entidad como para al menos no ser utilizada de forma exclusiva y excluyente, sobre todo si se interpreta el iusnaturalismo bajo una óptica religiosa.

Esta es una cuestión extraordinariamente relevante para la gestión de la Constitución en general, y por cierto también, de la declaración de derechos. Por lo mismo, es un punto que por lo menos merece ser debatido. Por ejemplo, en EEUU ha germinado un prolífico debate acerca de la legitimidad del argumento religioso en el contexto de un Estado democrático. En este sentido, por lejos la postura mayoritaria, es aquella que plantea que determinados valores tales como: la libertad, la igualdad y la tolerancia, están mejor protegidos si el argumento religioso es relegado del ámbito

---

<sup>170</sup> Por todos: Silva A. y Silva, M., “Los derechos naturales ante la Constitución”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28, núm. 2 (2001), pp. 249-252.

<sup>171</sup> Diez, S., *Ob. Cit.*, p. 23.

<sup>172</sup> Böckenförde, E. W., “The Basic rights: Theory and Interpretation”, en Böckenförde, E. W., *State, Society and Liberty. Studies in Political Theory and Constitutional Law*, Berg Publishers Limited (1991), p. 176.

<sup>173</sup> *Ibidem*.

<sup>174</sup> Cfr. Böckenförde, E. W., “The Basic rights...” *Cit.*, p. 177.

del debate público. Un buen ejemplo de esta posición, es la versión defendida por Rawls, quien aboga por la neutralidad del Estado en materia religiosa, partiendo de la base de que las doctrinas religiosas y filosóficas expresan puntos de vista globales acerca del mundo y de nuestra convivencia, que son por naturaleza limitadas y excluyentes para las personas que no compartan esa visión. En una sociedad plural como las sociedades contemporáneas, agrega Rawls, “nuestros puntos de vista individuales y asociativos, nuestras afinidades intelectuales y nuestros vínculos afectivos son demasiado diferentes, sobre todo en una sociedad libre, como para que esas doctrinas sirvan de base para un acuerdo político razonado y duradero”<sup>175</sup>.

Como sea, se debe reconocer que el debate sobre el argumento religioso está abierto y hoy en día siguen existiendo democracias occidentales que optan, de acuerdo a sus realidades particulares, por la vía del Estado confesional. Por ello, es verdaderamente importante en la realidad chilena debatir acerca de si la sociedad chilena de hoy en día presenta una homogeneidad axiológica tan clara como la planteada más arriba por ciertos autores, o por último, si es que existe consenso en que se interprete la declaración de derechos bajo un prisma religioso. En caso que no fuera así, bien valdría la pena dejar de lado la postura originalista, sobre todo teniendo en cuenta su origen espurio, a la hora de interpretar la Constitución y comenzar a utilizar en toda su amplitud el amplio catálogo argumentativo de que dispone la actual teoría constitucional.

### **2.3 Corolario: ¿es posible una relectura de la declaración de derechos?**

Los cuatro puntos anteriormente comentados permiten explicar por qué el modelo original de la Constitución de 1980 no satisface la idea de derechos fundamentales defendida por el constitucionalismo contemporáneo. Esto es relevante para entender las relaciones entre garantía y objeto garantizado en el ordenamiento jurídico chileno.

---

<sup>175</sup> Rawls, J., *El liberalismo político*, Crítica, Barcelona (2004), p.89.

En este contexto, es obvio que esta misma visión se plasmará también en los institutos procesales que buscarán garantizar dichos derechos. Entonces, no será extraño que todos los procedimientos creados por el mismo constituyente compartan una concepción de la tutela de los derechos: despótica, altamente ideológica y centrada en las libertades con contenido económico directo y en el derecho de propiedad. Discutiremos esto con mayor profundidad en el capítulo siguiente. Por ahora es necesario recalcar que este es un punto respecto del cual es necesario tomar conciencia, pues en este sentido no es indiferente el contenido de cada uno de los ámbitos garantizados en la declaración de derechos. Ello exige una superación de los rasgos propios del pinochetismo del concepto de derechos fundamentales.

De momento, cabe destacar que las conclusiones que hemos aquí obtenido suponen un gran problema para el proceso de desarrollo institucional del que hablábamos a comienzos de este capítulo, en la medida en que cualquier reforma al sistema debe lidiar con el freno que representa la concepción sobre los derechos fundamentales que poseía el constituyente de 1980. En efecto, representa un verdadero límite el hecho de que no todos los derechos fundamentales tienen la misma importancia. Como hemos visto, esto no es producto de la casualidad, sino que por el contrario representa una decisión política. En opinión de Pablo Ruiz-Tagle, el proceso constituyente de 1980 respecto de los derechos fundamentales, tuvo justamente por finalidad modificar la estructura y el contenido de los mismos. En este sentido, esta nueva concepción de los derechos significó abrogar las ideas más arraigadas que existían en Chile antes de 1973. Al respecto, dicho autor pone como ejemplos la formulación que tiene el derecho a la igualdad a partir de la Constitución de 1980, el del derecho al sufragio y el derecho de propiedad<sup>176</sup>.

De este modo, la concepción que el constituyente de 1980 trató de plasmar en el texto de la Carta Fundamentales, se tradujo en la absoluta primacía de los derechos civiles, especialmente los de contenido económico sobre el resto. Éstos no solamente son superiores en número, sino también son acreedores de una mayor preocupación por parte del constituyente, lo que se refleja en una

---

<sup>176</sup> Cfr. Ruiz-Tagle, P., “Reformas constitucionales para el bicentenario”, en *Anuario de Chile* (2003-2004), p. 186.

mayor intensidad de la regulación, la que se vuelve en momentos excesivamente reglamentaria. Al respecto, el caso paradigmático es el derecho de propiedad<sup>177</sup>. De esta manera, los derechos verdaderamente fundamentales en Chile son las libertades negativas de contenido económico y el derecho de propiedad. Por el contrario, y si se nos permite utilizar esta expresión, podríamos decir que los “grandes perdedores” en la consagración constitucional de los derechos fundamentales son los derechos sociales y los derechos políticos. Los primeros, generalmente se ven reducidos en el texto constitucional a simples libertades, mutilándose su vertiente prestacional y los segundos, resultan casi preteridos y reglamentados en un capítulo distinto al que se regulan los restantes derechos. Esto supone un obstáculo para avanzar en el desarrollo de un estándar más elevado de tutela jurisdiccional en ambos casos.

Todo lo anterior es una poderosa razón para apostar por una nueva Constitución, aunque como sabemos las cosas en este ámbito no son tan fáciles. Pero el problema es más grave aún de lo que a primera vista parece y dicha gravedad está dada por que en Chile ha existido una fuerte tendencia al originalismo interpretativo, que ha rendido pleitesía a las actas de la CENC como sinónimo de la voluntad del constituyente<sup>178</sup>. Esto también permite entender por qué existe un infra desarrollo de amplios sectores de la declaración de derechos, y como contrapartida, otros ámbitos donde las cosas parecen funcionar con normalidad.

Parece increíble que la praxis constitucional haya permanecido fiel a los dictámenes de una Constitución autoritaria. Ello lleva a discutir las premisas que han justificado esta decisión. En EEUU existe un arraigado debate acerca de cuál es el mejor método para

---

<sup>177</sup> Artículos 19 N° 23, 19 N° 24 y 19 N°25.

<sup>178</sup> La Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC o también a veces en la doctrina nacional “Comisión Ortúzar”) fue un organismo instruido por el gobierno militar, luego del derrocamiento del presidente Salvador Allende, con el objeto de preparar un proyecto de nueva Constitución. No obstante, la especie de veneración que la doctrina más tradicional ha profesado por las actas de la CENC, la verdad es que esta comisión representa tan sólo una de las etapas de la historia fidedigna del establecimiento de la Constitución de 1980, pues además de ésta se estableció como segunda etapa una revisión del texto aprobado por la CENC, por el Consejo de Estado, un órgano asesor de la Junta de Gobierno y posteriormente una tercera etapa, que consistió en una revisión por parte de la misma Junta de Gobierno.



interpretar la Constitución. Sin ánimo de reduccionismo, allí las distintas posturas se dividen en aquellos que piensan que a la hora de leer las cláusulas generales e indeterminadas de la Constitución debe estarse a la voluntad de los “padres fundadores” y aquellos que sostienen que la Constitución debe leerse a la luz de las circunstancias sociales actuales: originalismo y la doctrina de la Constitución viva han sido llamadas estas dos tendencias. Este debate no es trivial en el marco de una Constitución que tiene más de 200 años de vida ininterrumpida.

Pues bien, el debate ha sido profuso y cada posición ha concitado el interés de grandes juristas e incluso este debate se ha replicado en el Tribunal Supremo. Lo que para nosotros resulta interesante de todo este debate, es que si hay un argumento poderoso para defender el originalismo interpretativo este es la legitimidad de origen de la Constitución<sup>179</sup>. En efecto, para los originalistas “el juez debe mantenerse lo más fielmente posible del texto, de la historia y las circunstancias de la especie y no crear nuevos derechos”<sup>180</sup>.

Vistas las cosas de este modo, la verdad es que hay pocas razones para mantener fidelidad a una Constitución con una impronta autoritaria. Sin perjuicio de ello, se puede discutir si es que es plausible este ejercicio de fidelidad a una norma como la Constitución, la que normalmente dice pocas cosas a partir de su solo texto. De hecho en EEUU se ha discutido mucho acerca de las posibilidades del originalismo<sup>181</sup>. Pero bien, supongamos (aunque no con pocas dudas) que el originalismo está en lo correcto al plantearse como un simple ejercicio de hermenéutica, tal como lo ha creído también inocentemente gran parte de la doctrina chilena. Es decir, si podemos reducir los problemas del originalismo interpretativo a una cuestión de mera fidelidad, por todo lo que hemos dicho en este capítulo, no hay ninguna razón para hacer lo propio con la Constitución chilena actualmente en vigor. En este contexto, para saldar “el problema constitucional” del que

---

<sup>179</sup> Cfr. Messe III, E., “Toward Jurisprudence of Original Intent”, en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, núm. 11 (1988), pp. 5-12.

<sup>180</sup> Bork, R., “Neutral Principles and Some First Amendment Problems”, en *Indiana Law Journal*, vol. 47 núm. 1 (1971-2), p.80.

<sup>181</sup> Por todos: Grey, T., “Do We Have an Unwritten Constitution?”, en *Stanford Law Review*, vol. 27 (1975), pp. 703-718.

actualmente adolece Chile<sup>182</sup>, la única forma es propender a que los órganos encargados de aplicarlas se aparten del originalismo y comiencen a construir interpretaciones innovadoras. Creemos que esto mismo es lo que está pensando Ruiz-Tagle cuando afirma de que en Chile “la democracia (y nosotros agregaríamos la tutela en serio de los derechos fundamentales) solo puede consolidarse con una mutación constitucional que supere el proyecto pinochetista y logre asentar un liderazgo prodemocrático en el Congreso y en el Tribunal Constitucional”<sup>183</sup>.

Ya nos hemos entendido bastante en el capítulo primero acerca de los requisitos que debe cumplir este proceso de construcción de una Constitución en términos de desarrollo de las cláusulas con contenido indeterminado que contiene la declaración de derechos. En los capítulos que siguen realizaremos un análisis de todos los mecanismos de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales que contemple el ordenamiento jurídico chileno, sobre las bases de las ideas que hemos discutido en estos dos primeros capítulos y los haremos según el siguiente esquema: en primer lugar estudiaremos los mecanismos que establece la misma Constitución (cap. III), los desarrollados durante la transición por el legislador democrático (cap. IV) y finalmente pasaremos revista a las atribuciones del Tribunal Constitucional a partir de la reforma constitucional de 2005 (cap. V).

---

<sup>182</sup> La expresión es de Atria. Véase al respecto: Atria, F., Participación y alienación política: el problema Constitucional”, en Fuentes, C. (ed.), *En nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile*, Ediciones Böll Cono Sur, Santiago de Chile (2010), pp. 163-190.

<sup>183</sup> Ruiz-Tagle, P., “La trampa del neopresidencialismo: la Constitución ‘gatopardo’”, en Cristi, R., y Ruiz-Tagle, P., *La República en Chile. Teoría y práctica del constitucionalismo republicano*, LOM Ediciones, Santiago de Chile (2006), p. 199.



### **3. CAPÍTULO TERCERO: LA TUTELA JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980**

#### **3.1 Generalidades**

La Constitución de 1980 no solamente fue innovadora en relación al contenido de los derechos. También representa una novedad en cuanto a su tutela jurisdiccional, pues establece en el mismo texto constitucional una serie de mecanismos destinados a este objetivo. En este capítulo examinaremos cómo la idea política que el constituyente tiene acerca de los derechos fundamentales se plasma en el diseño de los instrumentos de garantía.

Sin embargo, esta tarea no es tan sencilla. La primera dificultad con la que nos encontramos es que el texto constitucional carece de una adecuada sistemática en esta materia, no existiendo normas que establezcan principios básicos o reglas comunes para todos estos procedimientos. En efecto, éstos se encuentran diseminados a lo largo de todo el capítulo III, e incluso fuera de él. No obstante ello, la doctrina ha sido consistente en identificar el elenco de garantías con un criterio más bien pragmático, pero sin un criterio claro<sup>184</sup>. De este modo, partiremos diciendo que la Constitución contempla cuatro acciones que tienen por objeto tutelar jurisdiccionalmente derechos fundamentales: la acción de reclamación por pérdida de la nacionalidad, la indemnización por error judicial, el recurso de protección y el recurso de amparo. A esta lista se debe agregar el recurso de amparo económico, que a pesar de carecer de reconocimiento constitucional, está estrechamente emparentado con los recursos de amparo y protección, y que además, fue el último ajuste que hizo al respecto la junta de gobierno antes de dejar el poder en marzo de 1990.

---

<sup>184</sup> Por todos: Zúñiga, F. y Perramont, A., *Acciones constitucionales*, Lexis Nexis, Santiago de Chile (2003).

Al respecto, los casos más claros son los denominados “recursos de amparo”<sup>185</sup> y “recurso de protección”, que se regulan en los artículos 20 y 21 de la Constitución. En los otros casos, es bastante discutible que su objeto inmediato sea la tutela jurisdiccional de derechos fundamentales. A pesar de ello, la misma circunstancia de que la literatura especializada se ha ocupado de ellos dentro de la categoría que nos convoca, es suficiente para dedicarles al menos un par de líneas. Pero existe también una segunda razón de mayor peso aún. En este capítulo, más que los aspectos procedimentales, lo que verdaderamente nos interesa es la idea de tutela jurisdiccional que tenía en mente el constituyente. Esto es sumamente importante, pues este es un ámbito donde la Carta de 1980 ha producido efectos verdaderamente transformadores respecto de la manera cómo se administra justicia en Chile. Precisamente en el centro de toda esta revolución está el mismo concepto de derechos fundamentales (pero el defendido por Pinochet y sus partidarios, claro está).

En lo que sigue examinaremos cada una de estas instituciones. Lo haremos desde la misma óptica que hemos utilizado a lo largo de estas páginas, es decir, nuestro objetivo es indagar cuál es la idea de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales que tenía en mente el constituyente de 1980, cómo se relaciona con la concepción ya examinada que tenía sobre el contenido material de los derechos, y por supuesto, cuál es el estándar de protección y cuáles son las deficiencias a partir de las que se deben pensar las futuras reformas al sistema. El orden en que lo haremos es casi aleatorio, como había que comenzar por alguna parte en esta atomizada regulación, seguiremos el mismo orden que van apareciendo en el texto constitucional, convencidos de que en este caso el orden de los factores no altera el producto.

---

<sup>185</sup> En aras de facilitar la comprensión para un lector no familiarizado con la realidad chilena se debe tener presente desde ya, que cuando en el Derecho chileno se habla de recurso de amparo se hace referencia al procedimiento que en Derecho comparado se conoce normalmente con el nombre de *habeas corpus*.

## **3.2 Acción de reclamación por pérdida de la nacionalidad.**

### **3.2.1 Razones para el análisis**

Puede parecer extraño comenzar la parte dogmática de nuestro análisis con un procedimiento de esta naturaleza, en primer lugar, porque en general no se suele concebir a la nacionalidad como un derecho fundamental, y en segundo lugar, porque normalmente se considera que ésta es una materia que queda entregada a la jurisdicción contenciosa administrativa ordinaria o especial<sup>186</sup>. No obstante lo anterior, en Chile la mayoría de los autores que han escrito sobre la tutela jurisdiccional de los derechos, sitúan la acción de reclamación de reclamación por pérdida de la nacionalidad entre el elenco de garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales. Creemos que esto ya nos pone en la obligación de decir algo en relación a este procedimiento.

Hacerlo también conlleva una suerte de reivindicación. Esta es una cuestión que incide directamente en los derechos fundamentales de naturaleza política, que probablemente son el sector más descuidado en el medio jurídico chileno. La razón de este abandono, se debe a que el criterio de reconocimiento que se ha utilizado normalmente en Chile para la identificación de los derechos fundamentales es exclusivamente el artículo 19 de la Constitución. Nosotros rechazamos este criterio, justamente por el paradigmático caso de los derechos de participación política que se encuentran fuera de este artículo. Pensamos que hoy es difícilmente sostenible la tesis que excluye a los derechos políticos de la categoría derechos fundamentales, debido a la tendencia creciente a la universalización de la democracia. Este es un poderoso argumento que pone a los derechos de sufragio activo y pasivo como un *prius* lógico en cualquier democracia constitucional. Desde esta perspectiva, aunque si bien la nacionalidad no constituye directamente un derecho fundamental, sí es un presupuesto necesario para el ejercicio de los derechos de sufragio activo y pasivo, por tanto una

---

<sup>186</sup> Por todos: Silva, L., “*El control de constitucionalidad de los actos administrativos legales. Un análisis jurisprudencial y comparado*”, Legal Publishing, Santiago de Chile (2009), pp. 120-122.

acción del tipo como la que ahora estamos comentando, merece una cierta atención desde la perspectiva de las garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales.

No obstante todo lo dicho, ello no cambia nuestra conclusión: ninguna de estas dos razones es suficiente para considerar a la nacionalidad un derecho fundamental. De todos modos, es interesante analizar si la acción de reclamación por pérdida de la nacionalidad tiene algún efecto positivo en la tutela de los derechos políticos.

### **3.2.2 Regulación**

La primera característica que a primera vista aparece de manifiesto es su precariedad procesal. La acción de reclamación por pérdida de la nacionalidad se encuentra regulada, única y exclusivamente, en el artículo 12 de la Constitución, no existiendo otra norma que desarrolle de manera ulterior, lo establecido por éste. Dicho artículo dispone que:

“La persona por acto o resolución de autoridad administrativa que la prive de su nacionalidad chilena o se la desconozca, podrá recurrir, por sí o por cualquiera a su nombre, dentro del plazo de treinta días, ante la Corte Suprema, la que conocerá como jurado y en tribunal pleno. La interposición del recurso suspenderá los efectos el acto o resolución recurridos”.

### **3.2.3 Objeto**

En relación a su objeto, Fernández destaca que éste es exclusivamente un acto proveniente de una autoridad administrativa que prive de la nacionalidad a una persona, lo cual permite descartar aquellos casos en que la pérdida de la nacionalidad

proviene de un acto del legislador o por sentencia judicial<sup>187</sup>. Lo anterior queda claro al relacionar esta norma con el artículo 11 de la Constitución, que regula las causas de pérdida de la nacionalidad. En la citada disposición, además de la renuncia (art. 11 N° 1), se contemplan tres causales no voluntarias de pérdida de la nacionalidad: por decreto supremo debido a la prestación de servicios a un país extranjero durante una guerra (art. 11 N° 2), por cancelación de la carta de nacionalización (art. 11 N° 3) y por ley que revoque la nacionalidad concedida por gracia (art. 11 N° 4). La acción de reclamación es aplicable únicamente a los numerales 2 y 3. Desde este punto de vista, resulta pacífico que su naturaleza es la de una acción especial en materia contencioso-administrativa<sup>188</sup>.

### 3.2.4 Causales de procedencia

En definitiva, la acción de reclamación por pérdida de la nacionalidad es procedente solamente si ésta proviene de las causales señaladas en los numerales 2 y 3 del artículo 11 de la Constitución.

Respecto a la causal del artículo 11 N° 2, la acción tiene por objeto limitar una facultad discrecional del Presidente de la República, que consiste en privar de la nacionalidad a una persona que haya sido condenada por los delitos contemplados, ya sea en el Título I del Libro II del Código penal, en el Título II del Libro III del Código de Justicia militar o en la Ley N° 12.927 sobre Seguridad del Estado.

En relación a la causal del artículo 11 N° 3, esta materia se encuentra regulada por el Decreto Supremo N° 5.142, de 13 de octubre de 1960. Al respecto, el artículo 8° del citado reglamento, establece que el decreto “que cancele la carta de nacionalización deberá también ser fundado en haber sido concedida con infracción

---

<sup>187</sup> Cfr. Fernández. M., “La nacionalidad en la Constitución, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XII (2001), p. 188.

<sup>188</sup> Por todos: Silva, A., *Tratado de Derecho Constitucional*, 2ª edición, tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago (1997), pp. 225-226.



a lo dispuesto en el artículo 3° de esa ley<sup>189</sup>, o en haber acaecido ocurrencias que hagan indigno al poseedor de la carta de nacionalización de tal gracia o por haber sido condenado por alguno de los delitos contemplados en la Ley N° 12.927 de 6 de agosto de 1958, sobre Seguridad del Estado. La cancelación de la carta de nacionalización se hará previo acuerdo del Consejo de Ministros y por decreto firmado por el Presidente de la República”.

Como se puede observar a simple vista, el artículo que establece las causales de por las que se puede revocar la carta de nacionalidad a una persona es de una considerable amplitud. Este hecho fue determinante para que la Constitución de 1980 contemplara una acción para morigerar la discrecionalidad administrativa<sup>190</sup>, pues la Constitución de 1925 en su artículo 6°, sólo establecía la posibilidad de que cualquiera que sea la causa de pérdida de nacionalidad, ésta solamente podía ser rehabilitada por ley. Con esta misma finalidad, la Ley N° 12.548 creó un recurso especial respecto de la cancelación de la carta de nacionalización. A pesar de lo anterior, el constituyente de 1980 estimó necesario crear una acción de rango constitucional.

En la Comisión el tema se discutió en la sesión 64 y primó la opinión de que bajo el imperio de la Constitución de 1925 no se garantizaba la interdicción de la arbitrariedad de la actividad administrativa en este ámbito, dejando entregada a la regulación de la ley una materia que por su importancia se debería abordar en las reglas generales más fundamentales<sup>191</sup>. Sin duda, en esta opinión

---

<sup>189</sup> El artículo 3° del D.S. N° 5.142, dispone que no puede concederse la nacionalidad chilena a los extranjeros que se encuentren en las siguientes condiciones:

- 1) Los que hayan sido condenados y los que estén actualmente procesados por simples delitos o crímenes, hasta que se sobresea definitivamente a su respecto;
- 2) Los que no estén capacitados para ganarse la vida;
- 3) Derogado.
- 4) Los que practiquen o difundan doctrinas que puedan producir la alteración revolucionaria del régimen social o político o que puedan afectar a la integridad nacional;
- 5) Los que se dediquen a trabajos ilícitos o que pugnen con las buenas costumbres, la moral o el orden público y, en general, aquellos extranjeros cuya nacionalización no se estime conveniente por razones de seguridad nacional.

<sup>190</sup> Véase: Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión 64.

<sup>191</sup> Zúñiga, F y Perramont, A., Ob. Cit., p.47

influyó el abusivo uso que hizo la administración de esta facultad durante la vigencia de la denominada “Ley de Defensa Permanente de la Democracia”. Ahora bien, la Comisión tomó como modelo la misma acción que había establecido la Ley N° 12.548, pero a la vez acordó introducirle modificaciones. La primera y más importante, fue establecer la acción en el mismo texto constitucional. Además, se acordó: hacerla extensiva a la causal en que el Presidente de la República impone la privación a consecuencia de un delito contra los intereses del Estado, aumentar el plazo para interponer la acción de 10 a 30 días y agregó también que la Corte Suprema conocerá de la reclamación constituida en Tribunal Pleno.

### 3.2.5 Conocimiento y fallo

Señala el mencionado artículo 12, que de la acción de reclamación por pérdida de la nacionalidad conoce la Corte Suprema, además agrega que lo hace en Pleno y como jurado. Esto último llama la atención. La verdad es que no existe claridad acerca de qué significa realmente que la Corte resuelva como jurado. La Corte ha mencionado esta circunstancia en varias ocasiones para justificar su fallo, aunque sin explicar convincentemente el significado de esta expresión<sup>192</sup>. La expresión en todo caso, es utilizada en la Constitución en otra oportunidad, a propósito de la acusación constitucional en el art. 53 N°1 inciso 2°, cuando se señala “El Senado resolverá como jurado”. La analogía es interesante, pues allí la doctrina ha entendido que hace referencia a que el Senado debe fallar como un tribunal lego en Derecho<sup>193</sup>. De todos modos, el sentido natural de la expresión, sugiere que la vinculación con las normas respectiva se produce de una manera más laxa que respecto al común de los asuntos que deben ser resueltos conforme a Derecho. Esto nos parece lamentable, pues la Corte que ha utilizado

---

<sup>192</sup> Por ejemplo, en la causa 20.0562, de 25 de julio de 1988 se resuelve que: “La circunstancia de que corresponda a este tribunal conocer el asunto como jurado, (...) implica emitir un veredicto en conciencia”. En Nestares Alcántara c. Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior (rol 6073-09, de fecha 29 de diciembre de 2002), a su vez se señala: “Apreciando los hechos como jurado, esto es, por la mayor o menor persuasión que permitan adquirir convicción del juzgador”.

<sup>193</sup> Cfr. Silva, A., Ob. Cit., p. 197.

esta circunstancia, para restringir los derechos de hijos chilenos de extranjeros indocumentados<sup>194</sup>.

### **3.2.6 Valoración general**

En atención a todo lo dicho aquí y de lo comentado en el capítulo primero, la valoración general que podemos hacer de la acción de reclamación por pérdida de la nacionalidad es negativa. El principal problema que se observa se traduce en un arbitrio judicial demasiado amplio. Como vimos, no existen normas procesales que establezcan la forma en que esta acción debe ser interpuesta, por ejemplo, detallando las condiciones de procedencia o los criterios de admisibilidad del requerimiento. Tampoco existen procedimiento regulado en la ley, y si a todo esto le sumamos que la Corte resuelve como jurado, la libertad que tendrá dicho tribunal es casi absoluta.

Sin perjuicio de los esfuerzos de la Corte, la ausencia de reglas claras transforma a veces todo esta labor en un intento demasiado frágil: si lo que está en interdicción es la arbitrariedad de la Administración no se puede sustituir ésta por la arbitrariedad de los Corte Suprema. En este sentido, a pesar de todo lo bienintencionada que puede ser la jurisprudencia, la carencia de un procedimiento establecido que ordene la tramitación de la acción, evidentemente constituye una debilidad que sería necesario reparar. Hoy en día, justamente es el mismo principio de interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos, que exige como un presupuesto absolutamente necesario que la actividad jurisdiccional se encauce dentro de ciertos parámetros predeterminados y que se asegure además la participación de todos los intervinientes en igualdad de condiciones en el proceso.

Probablemente, debido a que en este caso se trata de un procedimiento de escasa utilización, y por tanto de poca visibilidad, los efectos nocivos de esta situación no son tan perceptibles. No obstante, esta falta de prolijidad con las formas ha resultado tremendamente pernicioso respecto de otros procedimientos que han

---

<sup>194</sup> Véase al respecto la citada *Nestares Alcántara c. Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior*.

tenido una mayor utilización. Es aquí donde verdaderamente se ha notado que en Derecho las formas importan y mucho. Como señala Rovira, las Constituciones contemporáneas han introducido un control absoluto de la administración por los tribunales, pero también en cierto modo este hecho ha transformado por completo la función jurisdiccional, en la medida de que una de las herramientas más importantes con que cuenta el juez para controlar a la administración son los derechos fundamentales<sup>195</sup>. En este sentido, el ámbito de discrecionalidad con que cuenta el juez es mucho mayor que antaño, lo que convierte a los jueces en un emergente súper poder, con un amplio margen de discrecionalidad. Esta situación convierte la exigencia del proceso como estructura epistemológica como una exigencia insoslayable dentro del Estado Constitucional de Derecho. Como luego veremos, este problema es una constante en los otros procedimientos de tutela de derechos fundamentales que establece directamente la Constitución.

### **3.3 Acción de indemnización por error judicial.**

#### **3.3.1 Objeto y regulación**

Este procedimiento tiene por objeto hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del Estado juzgador en materia penal, a consecuencia de un error injustificado o de un actuar arbitrario. Al respecto, señala la letra i) del artículo 19 N° 7 de la Constitución:

“Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare Injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia;”

---

<sup>195</sup>Cfr. Rovira, A. “Jurisdicción y Constitución”, en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*”, núm. 102 (1998), p.43.

Se trata esta de una disposición que encuentra su origen en la Constitución de 1925, aunque la Constitución de 1980 la complementa y desarrolla<sup>196</sup>. La explicación de su inclusión en el texto de la Carta de 1980, está dada justamente porque durante la vigencia de su antecesora, dicha norma careció de aplicación práctica debido a la inactividad del legislador, por tanto, el Constituyente de 1980 optó por dotar de aplicabilidad directa al texto constitucional, haciendo un intento por elaborar un precepto que fuera autosuficiente sin necesidad de una ley de desarrollo<sup>197</sup>.

Comentario aparte merece el hecho de que esta institución se encuentra reglamentada, además de la citada norma constitucional, por un auto acordado de la Corte Suprema. Ello supone un problema, que por ahora solo mencionamos y que ya tendremos ocasión de analizar, pues esta es una característica compartida con los recursos de amparo y protección<sup>198</sup>.

### 3.3.2 Cuestiones procesales relevantes

Lo primero que merece la pena comentar es su ubicación dentro del texto constitucional. Al respecto, la acción de indemnización por error judicial se sitúa en el marco del derecho a la libertad personal. A simple vista no parece la decisión más acertada; tal vez hubiera sido mejor regular esta materia a propósito de la reglamentación orgánica del Poder Judicial o dentro de los principios generales de la responsabilidad del Estado, pues no resulta tan claro que una disposición como esta tenga una vinculación directa con el derecho a la libertad personal. No obstante ello, la doctrina ha hecho eco de su ubicación y suele tratar a la indemnización por error judicial dentro de la lista de garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales. En este sentido, reiteramos aquí lo que ya

---

<sup>196</sup> El artículo 20 de la Constitución de 1925 señalaba: “Todo individuo a favor de quien se dictare sentencia absolutoria o se sobreseyere definitivamente tendrá derecho a indemnización, en la forma que determine la ley, por los perjuicios efectivos o meramente morales que hubiere sufrido injustamente”.

<sup>197</sup> Cfr. Zúñiga, F., “La acción de indemnización por error judicial. Reforma constitucional. Regulación infra constitucional, y jurisprudencia”, en *Estudios Constitucionales*, año 6, núm. 2 (2008), p. 24.

<sup>198</sup> Véase *infra* 3.4.5 y 3.5.4.

señalábamos a propósito de la acción de reclamación por pérdida de la nacionalidad.

La segunda cuestión relevante de esta acción, es que solamente procede en contra de sentencias penales. Esta circunstancia es pacífica en la doctrina y la jurisprudencia. El argumento más concluyente es el mismo texto del artículo 19 N° 7 letra i) de la Constitución, que habla de “sobreseimiento definitivo” y “sentencia absolutoria”. Al respecto, Garrido Montt señala que: “el titular de este derecho es la persona que ha sido sometida a procesamiento penal o aquella que ha sido condenada en cualquier instancia, siempre que con posterioridad haya sido sobreseída definitivamente o se haya dictado sentencia absolutoria a su favor”<sup>199</sup>.

Dentro del mismo tema, cuestión también importante es determinar a partir de qué momento nace el derecho a demandar la reparación de los perjuicios. Al respecto, la Constitución habla de “el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia”, lo que da a primera vista le da a esta acción un alcance tremendamente amplio, en teoría pudiéndose interponer frente a cualquier privación que traiga causa en el proceso penal, incluso ante una medida cautelar de prisión preventiva. Sin embargo esta amplitud es solo aparente, pues no hay que olvidar que la nomenclatura que se utiliza corresponde a las etapas procesales existentes en el antiguo proceso penal. En dicho contexto estaba plenamente justificado esta redacción, en la medida en que una vez dictado el auto de procesamiento, normalmente el juez decretaba la detención del reo como medida cautelar. Con el nuevo proceso penal desaparece el auto de procesamiento, la iniciación del procedimiento depende del Ministerio Público, a su vez, la prisión preventiva se convierte en excepcional y como tal debe estar siempre fundada, lo que reduce las posibilidades de resultar amparado por el artículo 19 N°7 i) exclusivamente a los perjuicios que se pudieran causar con la sentencia definitiva.

Por último, se establece como requisito de procedencia que la sentencia que provoque el perjuicio sea “injustificadamente errónea o arbitraria”. Es justamente en esta exigencia donde la acción ha

---

<sup>199</sup> Garrido, M., “La indemnización por error judicial en Chile”, en *Ius et Praxis*, año 5, núm. 1 (1999), p. 476.

perdido gran parte de su eficacia, pues la jurisprudencia siempre ha interpretado este requisito de una manera tremendamente estricta. Así lo sostiene Hernández, quien llega a la conclusión que la Corte Suprema ha terminado, en la gran mayoría de los casos, negando el derecho a indemnización debido a que para que éste nazca se debe tratar de un caso en el que “el juez no ha tenido una conducta mínimamente acuciosa”<sup>200</sup>. En otras palabras, lo que parece exigir la jurisprudencia es la presencia de dolo o culpa grave en el pronunciamiento de la sentencia.

### 3.3.3 Valoración

La acción de indemnización por error judicial nunca ha sido exitosa en términos prácticos. De esta manera, ni siquiera ha estado cerca de cumplir con la finalidad natural que debería tener, que es la de proporcionar un mecanismo jurisdiccional a los particulares para que éstos pudieran obtener reparación frente a errores en la administración de justicia. Al respecto, nada más un dato resulta sumamente revelador: de más de cuarenta demandas interpuestas en 30 años solo cinco han sido acogidas.

En efecto, en todos los casos en que la acción ha sido acogida, se trata de errores inexcusables y que se encuentran al borde del delito de prevaricación. Así por ejemplo, tanto en Salinas con Fisco de Chile<sup>201</sup> como en Araya con Fisco de Chile<sup>202</sup>, los inculpados fueron sometidos a proceso por delitos inexistentes en la legislación penal, es decir, la conducta que se les imputaba no era típica. En otro caso, se trata de una persona que fue sometida a proceso con el solo testimonio de la víctima y dos testigos de oídas<sup>203</sup>. En todos estos casos, hay que destacar que además se decretó prisión preventiva como medida cautelar. La última oportunidad en que la acción fue

---

<sup>200</sup> Hernández, D., “Error judicial: ensayo de interpretación constitucional”, en *Ius et Praxis*, vol. 5, núm. 1 (1999) p. 470.

<sup>201</sup> En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXXII-3, 2º parte, sección IV, pp. 254-258.

<sup>202</sup> En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXXVI-2, 2º parte, sección V, pp. 85-91.

<sup>203</sup> Véase Vega con Fisco de Chile, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXXVII-3, 2ª parte, sección V, pp. 184-190.

acogida, fue en el 2011. En este caso, la víctima fue detenida a raíz de una sentencia condenatoria de un delito de hurto en la que el verdadero hechor suplantó la identidad del demandante de perjuicios y el juez de la causa ni siquiera tuvo la mínima diligencia para verificar la identidad de quien era en realidad quien había cometido el delito y a quien estaba condenando<sup>204</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, hay otro dato que demuestra que este mecanismo debe ser revisado con urgencia: todas las sentencias acogidas se refieren a procesos iniciados bajo la vigencia del sistema procesal penal antiguo, e incluso en cuatro de ellas, la sentencia que da origen a la responsabilidad del Estado es el auto de procesamiento, es decir, una sentencia que ya no existe en el actual sistema. La razón que explica esta tendencia es muy simple: dicha resolución iba normalmente asociada a una privación de libertad, pues el juez normalmente detenía para investigar (no hay que olvidar que el proceso antiguo el juez juzgaba e investigaba). Es decir, casi siempre que el juez penal se decidía a iniciar un proceso en contra de una persona, existía una alta probabilidad de que se decretara también su detención, aunque muchas veces, el juez carecía de los antecedentes que en la sentencia definitiva le habrían llevado a condenar al procesado. Por lo mismo, la detención tenía el solo objeto de investigar y obtener los antecedentes que permitieran esclarecer los hechos. Por esta razón, era bastante probable, que el juez incurriera en una conducta “injustificadamente errónea o arbitraria”, al menos en la manera como lo ha entendido la Corte Suprema.

En el marco del nuevo proceso penal, vigente en todo Chile desde el año 2006, la acción de indemnización por error judicial no tiene mayor utilidad en la tutela de la libertad personal, e incluso más, la razón de ser de este procedimiento casi desaparece, al no estar asociada la formación de un proceso penal en contra de una persona con su privación de libertad. En gran medida, la misma estructura adversarial del proceso actualmente en vigor, acompañado de la separación de las funciones de investigación y juzgamiento, hacen bastante difícil que un tribunal incurra en el grado de negligencia que ha exigido la Corte Suprema para configurar el presupuesto de hecho de la acción (resolución injustificadamente errónea o

---

<sup>204</sup> Yáñez Pavez con Fisco de Chile, causa rol 5411-10, de 11 de agosto de 2011.



arbitraria). Esto hace que en la práctica esta acción carezca actualmente de aplicación práctica, debido a que la misma estructura del proceso penal vigente hace imposible la existencia de este tipo de errores en la sentencia definitiva, pues el nuevo sistema establece un completo sistema de recursos que disminuyen considerablemente la posibilidad de una sentencia condenatoria con el grado de negligencia que exige la Constitución para dar lugar a la indemnización. Por otra parte, como quien investiga es ahora el Ministerio Público, la misma ley orgánica de dicha institución establece en su artículo 5° una norma especial en materia de responsabilidad patrimonial por errores durante la investigación<sup>205</sup>.

Este diagnóstico, lleva a replantearse necesariamente el papel y eficacia práctica de la indemnización por error judicial en el actual sistema procesal penal. Resulta por lo menos curioso, que en la reforma constitucional del 2005, el constituyente derivado se limitó únicamente a reemplazar la nomenclatura propia del antiguo código de enjuiciamiento criminal por la del nuevo, pero no introdujo ningún cambio sustancial en dicho artículo. Hoy en día tal como está redactado, el artículo 19 N° 7 letra i) de la Constitución ha caído prácticamente en desuso. Todo ello hace necesario una revisión de esta acción si se quiere darle algún efecto útil. Una posible vía puede ser, por ejemplo, rebajar el estándar de admisibilidad o incluso ampliar su aplicabilidad más allá del Derecho penal. Mientras la situación se mantenga tal como está actualmente, se deja al ciudadano sin un importante mecanismo para controlar a la administración de justicia, pues no existe ninguna otra norma en el ordenamiento jurídico chileno, que permita demandar al Estado por causa de un error en la administración de justicia.

---

<sup>205</sup> “El Estado será responsable por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público”.

## **3.4 La acción de habeas corpus o recurso de amparo**

### **3.4.1 Nomenclatura.**

En este acápite trataremos acerca de la recepción en el Derecho constitucional chileno de la acción tradicionalmente conocida en Derecho comparado como *habeas corpus*. Al respecto, una primera precisión debe ser hecha en relación a la nomenclatura a utilizar, en el entendido que al observador externo le puede provocar confusión de la sola lectura del encabezado de esta sección. Efectivamente, en Chile la denominación usual que se utiliza para hacer referencia a la garantía extraordinaria del derecho a la libertad personal y a la seguridad individual es la de “recurso de amparo” y no *habeas corpus*. Nosotros utilizaremos ambas denominaciones, aunque no de manera indistinta. Pensamos que en abstracto es mejor mantener la denominación tradicional de *habeas corpus*, pues la figura del recurso de amparo en la mayoría de los ordenamientos jurídicos dice relación con un procedimiento de muy distinta naturaleza, y por ende, induce a confusión al lector no chileno. No obstante, como en Chile los textos, la jurisprudencia y la doctrina utilizan la expresión “recurso de amparo”, cuando aludimos a la realidad local es imposible dissociarse de su nomenclatura. Por esta razón, cuando hablemos en abstracto, la expresión *habeas corpus* sustituirá a la nacional “recurso de amparo. Cuando se haga referencia expresa al Derecho chileno, se utilizará la expresión local.

### **3.4.2 Finalidad.**

En términos generales, se conoce como *habeas corpus* a la garantía especial del derecho a la libertad personal, entendido como libertad ambulatoria, que tiene como finalidad asegurarse de que la detención de una persona se ajuste a Derecho. Su objetivo es controlar que ésta sea realizada por la autoridad competente y a través del procedimiento idóneo, aunque sin entrar a determinar la culpabilidad o inocencia del imputado. De esta manera, si del examen que realiza el juez resulta que la detención se ajusta a Derecho, el recurrente o la persona en cuyo favor se interponga, continuará sometido a proceso, pero si la privación de libertad no

cumple con los requisitos establecidos a tal efecto por el ordenamiento jurídico, el juez debe disponer su inmediata libertad.

En general procede contra cualquier privación de libertad, sea que esta traiga causa la acción de la Administración del Estado o la de un particular. Desde este punto de vista, se trata de una garantía extraordinaria, que tiene como única finalidad que el caso de que se trata sea encauzado dentro de los mecanismos ordinarios. Por ello, normalmente se dispone como medida que el detenido sea puesto a disposición del juez competente en un plazo relativamente breve, que puede ser de días o incluso de horas, según sea el caso. En efecto, la expresión latina quiere decir en castellano que el cuerpo del detenido sea puesto a disposición del juez (para verificar la regularidad de su situación).

### **3.4.3 Antecedentes comparados.**

A diferencia de los dos mecanismos anteriormente estudiados, el *habeas corpus* es un procedimiento de difusión casi universal. En efecto, éste ha tenido una importancia histórica fundamental en la lucha por las libertades, y como tal, esta figura es poseedora de una larga evolución histórica. En este sentido, si bien es posible apreciar su actual fisonomía con toda claridad en el Derecho inglés del siglo XVII, sus antecedentes se remontan al Derecho medieval, e incluso se suele afirmar que su antepasado más antiguo se encontraría en el Derecho romano en la figura del interdicto de *homine libero exhibendo*.

Como insinuábamos, la constitucionalización de esta figura va de la mano con el surgimiento de la idea de la libertad personal como derecho fundamental. De esta manera, se puede señalar que la *Habeas Corpus Act* de 1679 simboliza su acta de nacimiento en el constitucionalismo moderno. Por supuesto, hay que tener en cuenta la advertencia formulada por Jenks, en el sentido de que la *Habeas Corpus Act* de 1679 no creó en lo absoluto un nuevo remedio, sino que simplemente fortaleció y perfeccionó un mecanismo que había

sido profusamente utilizado en la constante lucha entre la Corona y el Parlamento durante el siglo XVIII.<sup>206</sup>

Así las cosas, el *habeas corpus* será exportado en primer lugar a las colonias americanas como parte del *Common Law*, y luego pasará directamente al Derecho estadounidense una vez declarada la independencia. De hecho, la importancia que se le concedió a este mecanismo jurisdiccional fue tal, que la Constitución de los Estados Unidos incorporó en el artículo primero, sección nueve, cláusula 2<sup>a</sup>, la prohibición al legislador de suspender el privilegio del *habeas corpus*, salvo que en los casos de rebelión o invasión lo exija la seguridad pública.

#### **3.4.4 El habeas corpus en el Derecho chileno.**

En el caso chileno, no obstante existen antecedentes anteriores de disposiciones que pretendían proteger el derecho a la libertad personal, la aparición del *Habeas Corpus* como una acción constitucional plenamente configurada y con una fisonomía ya reconocible la podemos encontrar en el artículo 143 de la Constitución de 1833<sup>207</sup>. No obstante, la señalada norma no resulta operativa sino hasta 1875, cuando la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales dispondrá que el tribunal al que se refiere el artículo 143 de la Constitución es la Corte Suprema. Con la Ley de Garantías Individuales de 7 de octubre de 1884, y su modificación de 1891, se regula el procedimiento de interposición. Sin embargo esta última norma generó a la vez un problema. Como señala Aldunate, lo que en realidad sucedió fue que ésta creó una

---

<sup>206</sup> Cfr. Jenks, E., “The story of the Habeas Corpus”, en *Law Quarterly Review*, 18 (1902), pp. 64-77.

<sup>207</sup> “Todo individuo que se hallase preso o detenido ilegalmente por haberse faltado a lo dispuesto en los artículos 135, 137, 138 i 139, podrá ocurrir por sí o cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, reclamando que se guarden las formas legales. Esta magistratura decretará que el reo sea traído a su presencia, i su decreto será precisamente obedecido por los encargados de las cárceles o lugares de detención. Instruida de los antecedentes, hará que se reparen los defectos legales i pondrá al reo a disposición del juez competente, procediendo en todo, breve i sumariamente, corrigiendo por sí, o dando cuenta a quien corresponda corregir los abusos”.

suerte de “dualidad o paralelismo entre un *habeas corpus* constitucional y un *habeas corpus* legal”<sup>208</sup>, pues “ambas acciones siguen el mismo cauce procesal, pero difieren en sus causales de procedencia y en las atribuciones que se entregan al tribunal”<sup>209</sup>.

Este hecho es sumamente importante, pues esta regulación dual del *habeas corpus* se ha mantenido en el tiempo, e incluso hoy en día se ha visto acentuada con el nuevo código procesal penal, pues éste en su artículo 95 introduce la figura del amparo ante el juez de garantía, separando definitivamente el *habeas corpus* de carácter constitucional con el de carácter legal y específico creado dentro del proceso penal<sup>210</sup>. En consecuencia, hoy más que nunca el sistema cuenta con dos mecanismos que persiguen la misma finalidad y que además se ventilan ante órganos diversos y con procedimientos distintos, acrecentando la esquizofrenia en la regulación.

Como sea, el *habeas corpus* o recurso de amparo, sin duda alguna ha sido un elemento recurrente de la historia constitucional chilena. No obstante, muchas veces ha sido relegado a una pieza meramente decorativa. Por ejemplo, tristemente célebre fue la época de la dictadura de Augusto Pinochet, donde las Cortes de Apelaciones rechazaban *in limine* los cientos (o tal vez miles) de recursos de amparo interpuestos por los familiares de las víctimas de la represión política. No obstante esta dramática página de la historia,

---

<sup>208</sup> Aldunate, E., “Panorama actual del amparo y hábeas corpus en Chile”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 5, núm. 1 (2007), p 21.

<sup>209</sup> *Ibidem*.

<sup>210</sup> El artículo 95 del Código Procesal Penal dispone:

“Amparo ante el juez de garantía. Toda persona privada de libertad tendrá derecho a ser conducida sin demora ante un juez de garantía, con el objeto de que examine la legalidad de su privación de libertad y, en todo caso, para que examine las condiciones en que se encontrare, constituyéndose, si fuere necesario, en el lugar en que ella estuviere. El juez podrá ordenar la libertad del afectado o adoptar las medidas que fueren procedentes.

El abogado de la persona privada de libertad, sus parientes o cualquier persona en su nombre podrán siempre ocurrir ante el juez que conociere del caso o aquél del lugar donde aquélla se encontrare, para solicitar que ordene que sea conducida a su presencia y se ejerzan las facultades establecidas en el inciso anterior.

Con todo, si la privación de libertad hubiere sido ordenada por resolución judicial, su legalidad sólo podrá impugnarse por los medios procesales que correspondan ante el tribunal que la hubiere dictado, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 21 de la Constitución Política de la República”.

el recurso de amparo siempre ha estado allí sin llamar mucho la atención, dotado de esta extraña doble personalidad que ha llevado desde siempre a distinguir a la doctrina, al legislador y al constituyente de turno entre un recurso de amparo constitucional y un recurso de amparo en el marco del procedimiento penal.

Sin perjuicio de lo anterior, la Constitución de 1980 incorpora al amparo constitucional un nuevo elemento que va a complicar aún más las cosas, al extender considerablemente su alcance. En efecto, el artículo 20 de la Constitución establece:

“Todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, a fin de que ésta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

El mismo recurso, y en igual forma, podrá ser deducido en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual. La respectiva magistratura dictará en tal caso las medidas indicadas en los incisos anteriores que estime conducentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.”

Como se puede observar, si se compara con la disposición equivalente que contenía la Constitución de 1925 queda en evidencia a simple vista que las diferencias son notables<sup>211</sup>. La

---

<sup>211</sup> El artículo 16 de la Constitución de 1925 establecía: “Todo individuo que se hallare detenido, procesado o preso, con infracción de lo dispuesto en los artículos anteriores, podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, en demanda de que se guarden las formalidades legales. Esta magistratura podrá decretar que el individuo sea traído a su presencia y su decreto será precisamente obedecido por todos los encargados de las cárceles o lugares de detención. Instruida de los antecedentes, decretará su libertad inmediata o hará que se reparen los defectos legales o pondrá al individuo a disposición del juez competente, procediendo en todo breve y sumariamente, corrigiendo por sí esos defectos o dando cuenta a quien corresponda para que los corrija”.

principal es la mayor amplitud con que el Constituyente de 1980 regula el recurso de amparo. En este sentido, es fácil constatar que la redacción del artículo 16 la Constitución de 1925, corresponde más o menos con la configuración clásica que ha tenido el *habeas corpus* en el Derecho comparado, es decir como un remedio jurisdiccional con carácter sumario para hacer frente contra los supuestos de detención no justificados legalmente. En efecto, según dicha disposición la causa de pedir del recurrente es “que se guarden las formalidades legales” y las atribuciones del Tribunal consisten en: “decretar que el individuo sea traído a su presencia”, disponer “su libertad inmediata” (para el caso que la detención sea estimada ilegal), ordenar “que se reparen los defectos legales” (en el caso que fuera posible) o poner “al individuo a disposición (*sic*) del juez competente”.

En el caso de la Constitución del 1980, se amplía considerablemente el objeto del recurso de amparo. En primer lugar, se extienden las facultades del tribunal permitiéndole que éste “adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del Derecho y asegurar la debida protección del afectado”. En segundo lugar, se amplía también el presupuesto habilitante, a través de dos vías: se hace extensiva a “cualquier otra privación” de la libertad personal y además se consagra el amparo “preventivo”, que procede no ante detenciones consumadas sino ante una amenaza de detención.

### **3.4.5 Problemas del reconocimiento y regulación del *habeas corpus* en el Derecho chileno.**

La ampliación del recurso de amparo ha sido celebrada por la doctrina. Así por ejemplo, Nogueira señala que la Constitución de 1980 “lo amplía y lo perfecciona, en términos que no sólo podrá ser ejercido por el individuo que fuere arrestado, detenido o preso, con infracción de la Constitución o de la ley, sino por toda persona que ilegalmente sufra cualquier otra privación, perturbación o amenaza

en su derecho a la libertad personal y seguridad individual”<sup>212</sup>. Sin embargo, esta ampliación en realidad ha producido como efecto secundario difuminar las fronteras del recurso de amparo, alterando su posición como recurso extraordinario de control.

Esta es la causa de hoy en día se sepa poco de la verdadera fisionomía del recurso de amparo. Lamentablemente, a pesar de que en el último tiempo han aparecido una serie de estudios acerca del recurso de amparo, éstos se limitan a abordar aspectos teóricos e históricos sin detenerse en las cuestiones prácticas. En el estado actual de la situación, surgen un par de preguntas casi de sentido común que no han sido respondidas por la doctrina. A saber: ¿tiene sentido que existan dos procedimientos con el mismo nombre y con el mismo objetivo, pero ante tribunales distintos? ¿Se justifica la extraordinaria extensión que presenta esta institución en la Constitución de 1980 hasta el punto de llegar a confundirse en algunas cuestiones con el proceso penal ordinario?

Todo esto tiene una importancia tremenda. La razón es que normalmente se ha concebido al *habeas corpus* como un procedimiento sumario e informal, donde se sacrifican ciertos valores como la seguridad jurídica en aras de la eficiencia, lo que está justificado en función de su excepcionalidad. Esta circunstancia es una razón poderosa para delimitar con precisión su ámbito de acción. Esto es justamente lo que en Chile no ha sucedido, además de la extraordinaria extensión de su alcance, la propia regulación procesal del recurso de amparo presenta severas deficiencias, que hacen desaconsejable una ampliación más allá de sus límites naturales.

Como ya hemos señalado, hoy la regulación del *habeas corpus* no es la más adecuada, el problema venía desde antiguo, pero quedó aun más en evidencia luego de la reforma procesal penal del año 2000. Con anterioridad a esta, existían dos normas que regulaban dicha garantía jurisdiccional: por una parte, el Auto Acordado de la Corte Suprema de fecha 19 del diciembre de 1932 y el Título V del Libro V del Código de Procedimiento Penal. No obstante, el nuevo Código Procesal Penal derogó en su totalidad el antiguo Código de

---

<sup>212</sup> Nogueira, H., “El *habeas corpus* o recurso de amparo en Chile”, en *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), núm. 102 (1998), p. 198.



Procedimiento Penal incluyendo las normas que regulaban el recurso de amparo. En este sentido, hoy en día la única norma que sigue dando cuerpo al recurso de amparo constitucional es el procedimiento contenido en el mencionado auto acordado.

El hecho de que la regulación de un procedimiento judicial que tutela derechos fundamentales sea efectuada por una norma de esta naturaleza, es una cuestión difícil de explicar para alguien no familiarizado con la praxis jurídica chilena. Lamentablemente esta situación hoy en día se encuentra generalizada entre los procedimientos destinados a tutelar derechos fundamentales; ya mencionábamos el problema a propósito de la acción de indemnización por error judicial y volveremos a retomar el problema a propósito del recurso de protección. De todos modos, es conveniente desde ya proporcionar un concepto de qué es lo que en Chile se entiende por auto acordado para comprender dónde radica la dificultad.

En el ordenamiento jurídico chileno, los autos acordados son normas de carácter general dictados por los Tribunales de Justicia en uso de sus facultades administrativas, con el objeto regular el funcionamiento interno de los tribunales sometidos a su jurisdicción. Con una finalidad ilustrativa, se puede hacer el símil de esta atribución con la que poseen en el caso español las salas de Gobierno del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia, reguladas en el Capítulo I del Título Tercero de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En efecto, el problema de fondo no es otro que la escasa ortodoxia de la fuente respecto de una materia que según la propia Constitución chilena debería ser regulada por una ley. Pero además en todos estos casos -incluyendo el del recurso de amparo- hay uno adicional: la mala técnica legislativa (si se puede llamar de esta manera). Normalmente estos autos acordados están redactados en un lenguaje descriptivo, casi como si fuera una simple memoria explicativa. Esto trae como consecuencia, que hoy por hoy, el recurso de amparo carece de regulación procesal, supliéndose con la aplicación por vía consuetudinaria de las formalmente derogadas normas del CPP, ayudado en gran medida de la creatividad judicial.

### 3.4.6 Valoración general

Debido a sus severas deficiencias, queda la sensación de que hoy en día la figura del recurso de amparo tiene poco que aportar en la protección del derecho fundamental a la libertad personal. Sin embargo, el vacío dejado por el amparo constitucional ha sido llenado exitosamente por el proceso penal actualmente en vigor, quien a nuestro juicio cumple con creces esta función. De esta manera, tanto el recurso de amparo constitucional e incluso el regulado en el mismo artículo 95 del CPP han devenido en innecesarios, debido a que el procedimiento penal en su totalidad está concebido como un sistema de garantías de los derechos de los imputados y en consecuencia prevé mecanismos expeditos con una base institucional mucho más sólida<sup>213</sup>.

En este sentido, el CPP establece en su artículo 70 la creación de una magistratura especializada para la protección de los derechos fundamentales de los imputados, señalando que el Juez de Garantía, “se pronunciará sobre las autorizaciones judiciales previas que solicitare el Ministerio Público para realizar actuaciones que privaren, restringieren o perturbaren el ejercicio de derechos asegurados por la Constitución”. Además, los artículos 93 (derechos del imputados) y 94 (derechos de los imputados privados de libertad) CPP establecen una larga lista de derechos de contenido procesal, que vienen a desarrollar el derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 19 N° 7 de la Constitución Política. Entre éstos podemos destacar, por ejemplo: el derecho a que se le informe de manera específica y clara acerca de los hechos que se le imputaren y los derechos que le otorgan la Constitución y las leyes (93.a) o el derecho a ser conducido sin demora ante el tribunal que hubiere ordenado su detención (94.c).

Por otra parte, el CPP establece un mecanismo procesal para la protección de cualquier vulneración de derechos fundamentales de contenido procesal que pueda suceder dentro del procedimiento. Así las cosas, el artículo 10 regula la Cautela de garantías, al señalar

---

<sup>213</sup> Cfr. Horvitz, M. y López, J., *Derecho procesal penal chileno*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile; Santiago de Chile (2002), pp. 100 y ss.

que: “en cualquiera etapa del procedimiento en que el juez de garantía estimare que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, adoptará, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio”. Resulta obvio, que por ser un mecanismo más expedito y especializado es el procedimiento más utilizado por los Defensores Públicos, pues el artículo 38 del mismo cuerpo legal, al establecer el plazo para dictar las resoluciones, señala que las cuestiones debatidas en una audiencia deberán ser resueltas en ella y las presentaciones escritas serán resueltas por el tribunal antes de las veinticuatro horas siguientes a su recepción.

### **3.5 El recurso de protección como mecanismo de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales**

#### **3.5.1 Generalidades**

El recurso de protección es el mecanismo de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales de mayor utilización en el ordenamiento jurídico chileno, y hasta la reforma constitucional de 2005, el único con carácter general que existía. En lo que sigue expondremos algunos comentarios sobre su funcionamiento como mecanismo de tutela jurisdiccional. Dicho análisis, por cierto no pretende ser un estudio exhaustivo de dicha institución y sólo nos centraremos en algunas cuestiones específicas que resultan relevantes desde nuestra perspectiva. En este sentido, existen una serie de aristas que aquí no abordaremos y que son igualmente problemáticas. Lo que para nosotros es verdaderamente interesante, son los efectos que ha generado su praxis en la tutela efectiva de los derechos. Asimismo, es importante desentrañar la función que ha jugado en la configuración del sistema de garantías de los derechos fundamentales y cuál es el papel que le corresponde en el actual periodo de transformaciones sustanciales que está viviendo el Derecho constitucional chileno.

### 3.5.2 Orígenes

Una primera cuestión que resulta oportuno comentar, son algunas aspectos relativos a su aparición en el Derecho constitucional chileno. Desde un punto de vista técnico, como iremos comprobando a lo largo de las páginas que siguen, el recurso de protección representa una forma de protección de los derechos fundamentales poco ortodoxa. Al respecto, existen varios aspectos de su fisonomía y funcionamiento que no son fáciles de entender, y para hacerlo a cabalidad, es imprescindible no perder de vista con las circunstancias histórico-políticas que contribuyeron a dar forma a sus contornos.

Como es sabido, la Constitución de 1925, contenía como exclusivo mecanismo jurisdiccional para la tutela directa de los derechos constitucionales el *habeas corpus*, denominado por la doctrina chilena “recurso de amparo”. Aunque este hecho suele figurar como un lugar común en casi todos los análisis relativos al tema, la verdad es que el *habeas corpus* durante casi todo este tiempo no tuvo mayor importancia y fue objeto de escasa aplicación. La razón era simplemente que no existía una preocupación ni doctrinal ni jurisprudencial por los derechos fundamentales. Esta preocupación recién comienza a surgir como herramienta de lucha política en los días del Gobierno del Presidente Allende.

La historia es más o menos conocida. Durante el gobierno de la Unidad Popular, los conflictos sobre el derecho de propiedad de los medios de producción y la propiedad agrícola se agudizan. Los grupos sociales que tradicionalmente no habían tenido acceso a estos bienes, ahora por primera vez en la historia de Chile con un gobierno proclive a sus intereses, comienzan a plantear una serie de reivindicaciones, en las que muchas veces reciben apoyo político y jurídico directo desde la Administración del Estado, llegando ésta a implementar una política extendida de requisiciones y expropiaciones, sirviéndose para ello de todas las herramientas que permitía el ordenamiento jurídico. Según la oposición de la época, dichas actuaciones se realizaban al filo de la legalidad.

Lamentablemente, en Chile existe discrepancia sobre dicho periodo y hoy claramente conviven dos interpretaciones divergentes de la historia. Obviamente ello está justificado a causa de la polarización social que se vivió en aquella época. De todos modos, no es nuestro objetivo realizar valoraciones de los hechos que llevaron al quiebre institucional de 1973. Lo que sí es resulta interesante para nuestra investigación, es estudiar cómo este diferendo político constituye el germen de lo que finalmente se convirtió en toda una revolución en el Derecho público chileno: de una cultura jurídica profundamente legalista en tres décadas se ha transitado a un estado de la cuestión donde la Constitución invade todos los rincones del ordenamiento jurídico. Según nuestra visión, el origen de este cambio se comienza a producir cuando la oposición de la época siente que ya no tiene a la ley de su lado, pues carece de la mayoría necesaria en el Congreso, y por tanto, comienza a mirar hacia la Constitución como una posible fuente de respuestas a sus inquietudes jurídicas.

En toda esta suerte de “constitucionalización del Derecho chileno”, el recurso de protección ha desempeñado un rol fundamental. Tanto es así que a nuestro juicio, esta figura es incomprensible fuera de las circunstancias de la especie que le dan vida. Como sostienen Ferrada, Bordalí y Kazor, “fue en las disputas que se producían entre el Gobierno del Presidente Allende y los empresarios industriales, comerciales y agrícolas, ya en relación a las medidas administrativas de intervención y requisición decretadas por el primero, ya en la toma material –sin título jurídico– de los inmuebles por las fuerzas políticas afines al Gobierno”<sup>214</sup>, que se comienza a gestar la idea del recurso de protección<sup>215</sup>.

---

<sup>214</sup> Cfr. Ferrada, J.C., et al., “El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XIV - Julio (2003), p. 71.

<sup>215</sup> Por cierto una completa descripción de la situación política y jurídica del Chile de la época excede con creces el contenido de este trabajo. Al respecto existe bastante literatura, muchas veces influida por la postura política del autor, que aborda desde distintas aristas un fenómeno etiológicamente complejo. Como idea central para el lector neófito, podemos señalar, que a fines de la década de 1960, se rompe en Chile, como en muchos otros lugares del mundo, el relativo consenso que existía sobre la visión de la sociedad, el Estado y la conducción de la actividad económica. En 1970, resulta electo Presidente de la República Salvador Allende Gossens, que encabezaba una coalición de partidos de izquierda de inspiración marxista. Durante su gobierno, la polarización de la sociedad chilena

Como es de público conocimiento, los sectores opositores al Presidente Allende siempre alegaron que la actuación de la Administración resultaba plenamente atentatoria contra sus derechos, principalmente patrimoniales. Este hecho resultó un caldo de cultivo bastante fértil para diversas iniciativas de reformas legales y constitucionales para, precisamente, defender los derechos patrimoniales de los propietarios. Una de ellas fue la presentada por los Senadores: Jarpa, Diez, Arnello y Undurraga en 1972-73, para extender la protección del *habeas corpus* al resto de los derechos patrimoniales, pues al problema de la inexistencia de una acción constitucional de naturaleza cautelar, se sumaba a la vez la existencia de un serio déficit en materia de jurisdicción contenciosa administrativa. En dicho proyecto se concebía la idea de dotar a derechos tales como el de propiedad, reunión, opinión y otros afectados por actos irregulares de la Administración de un instrumento de defensa rápido y eficaz para hacer frente a las medidas del Gobierno<sup>216</sup>.

El proyecto no prosperó debido al quiebre institucional de 1973. Sin embargo, la importancia de esta fallida moción de reforma constitucional no es menor y su legado radica en que dicho proyecto será precisamente la base del futuro artículo 20 de la Constitución de 1980. En su momento la doctrina afín a la oposición al Presidente Allende aplaudió la iniciativa. Así por ejemplo, Pfeffer señala algunos años después, que: “la doctrina coincide que la iniciativa para ampliar la tutela del tradicional recurso de amparo a otros derechos distintos a la libertad personal representa la idea inicial que dio origen a este instituto durante el gobierno del Presidente Allende, lo que ocurrió a consecuencia a los serios quebrantamientos del Estado de Derecho, según formales

---

se agudiza, dividiéndose ésta en dos bandos irreconciliables, que estaban conformados por los partidarios y los opositores del Presidente Allende. Lo anterior, desembocó en una profunda crisis institucional que alcanzó su punto más álgido el día 11 de septiembre de 1973, cuando las Fuerzas Armadas, encabezadas por el general Augusto Pinochet Ugarte y apoyadas por la derecha política, bombardean el Palacio de la Moneda y toman el poder por las armas, iniciándose un periodo en que, primero, una junta militar y luego el mismo general Pinochet, gobernarán de facto el país durante 17 años.

<sup>216</sup> Cfr. Pfeffer, E., “El recurso de protección y su eficacia en la tutela de derechos constitucionales en Chile”, en *Estudios Constitucionales*, año 4, núm. 2 (2006), p. 89.

denuncias, que constan en sendos acuerdos de la Cámara de Diputados y del Pleno de la Corte Suprema”.<sup>217</sup>

Es verdad que el sistema constitucional chileno presentaba un subdesarrollo evidente en materia de mecanismos para tutelar los derechos fundamentales, en una época en la que ya las primeras Constituciones Europeas de la posguerra habían conseguido implementar un exitoso diseño institucional con este propósito. No obstante, es discutible si la solución que en dicho momento se adoptó era adecuada al problema jurídico que se planteaba, que no era otro que la inexistencia de jurisdicción contenciosa administrativa. Al respecto, la situación era la siguiente: el artículo 87 de la Constitución de 1925 establecía la existencia de tribunales administrativos para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas<sup>218</sup>; a pesar de ello éstos nunca se crearon. Frente a esta situación, la jurisdicción ordinaria se declaró sistemáticamente incompetente para conocer de estos asuntos. Al respecto, sostiene Pierry que la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia invariablemente señaló como principal argumento para adoptar dicha posición, el hecho de que pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad de los actos del Poder Ejecutivo excedía al ámbito de la jurisdicción o competencia de los tribunales ordinarios y comportaba una invasión de las facultades de otro poder público, y que los actos de autoridad no podían ser dejados sin efecto por la justicia ordinaria<sup>219</sup>.

La situación anteriormente descrita contribuyó, sin duda alguna, a crear una atmósfera de indefensión en un sector de la sociedad, de la que comenzó a hacer eco parte de la doctrina y algunos sectores

---

<sup>217</sup> Cfr. Pfeffer, E., *Manual de Derecho Constitucional*, Ediar-Conosur, Santiago, (1986), pp. 107 y ss.

<sup>218</sup> El artículo 87 de la Constitución de 1925 disponía: “Habrán Tribunales Administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros Tribunales por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materia de ley.

<sup>219</sup> Cfr. Por todos, Pierry, P. “Tribunales contencioso - administrativos”, en *Revista de Derecho*, Consejo de Defensa del Estado, año I, núm. 2 (2000), (versión electrónica).

del Poder Judicial. En este sentido, por ejemplo Eduardo Soto Kloss, señalaba en un trabajo escrito en agosto de 1973 (aunque publicado en 1974), que esta cuestión, sin duda incidía en: “nada menos que la esencia misma del régimen jurídico chileno, es decir, la libertad política de los hombres que formamos la comunidad nacional, libertad que no se nutre de otra fuente que no sea el respeto mutuo de quienes, iguales en una misma dignidad de personas tenemos un mismo fin”<sup>220</sup>. A esto no hay que olvidar que el mismo Presidente de la Corte Suprema de aquel entonces, don Enrique Urrutia Manzano, había instado en el discurso de inauguración del año judicial en marzo de 1973, a los Tribunales a modificar la mencionada doctrina de la incompetencia de los tribunales ordinarios para conocer del contencioso administrativo.

Tales circunstancias serían decisivas en la configuración que el recurso de protección tendría bajo la Constitución de 1980, y es aquí donde justamente traen causa sus fortalezas y debilidades. De esta manera, según los tres autores antes citados, el recurso de protección se configuraría en la Carta de 1980, como “un sucedáneo del contencioso administrativo ordinario, pero que goza además de los privilegios de un proceso constitucional de tutela urgente de derechos fundamentales”<sup>221</sup>. Incluso el mismo Bordalí en otro artículo es más duro aún y lo califica de “instrumento de lucha política”<sup>222</sup>. No obstante y a pesar de estas críticas, se debe tener presente que gran parte de la doctrina en Chile sigue defendiendo a ultranza la figura del recurso de protección. Por ejemplo, Ríos hace no mucho ha afirmado en uno de sus trabajos que: “cualquiera definición –por completa que sea– no alcanza a describir el formidable aporte que el R.P. ha venido a representar en el resguardo judicial de ciertos derechos fundamentales”<sup>223</sup>

---

<sup>220</sup> Soto Kloss, E., La competencia contencioso – administrativa de los Tribunales Ordinarios de Justicia, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol., 1, núms. 3-4 (1974), pp.349-350.

<sup>221</sup> Ferrada, J. C. et al., “El recurso...”, Cit., p.72.

<sup>222</sup> Bordalí, A., “El recurso de protección: entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol.19, núm. 2 (2006), p. 207.

<sup>223</sup> Ríos, L., “La acción constitucional de protección en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Estudios Constitucionales*, año. 5, núm. 2 (2007), p. 38.



Luego del golpe de Estado de 11 de septiembre de 1973, era evidente que la Constitución de 1925, abiertamente vulnerada, había perdido vigencia. Durante el interregno constitucional, la Junta de Gobierno comenzó a producir unos documentos denominados “Actas Constitucionales”, que hacían las veces de Constitución provisoria. En el acta constitucional N° 3 de 1977, donde se regulaban los denominados “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, se incorporó, de manera casi textual, el procedimiento contenido en la fallida moción de reforma constitucional de 1972-73. Dicha regulación estuvo vigente hasta el año 1980 cuando entra en vigor la nueva Constitución, que heredaría de manera directa dicho precepto, quedando éste incorporado en su artículo 20.

### **3.5.3 Regulación constitucional**

Hablar del recurso de protección no es fácil. Al respecto, se ha escrito mucho, pero a la vez se ha dicho poco. Durante bastante tiempo, la profusa literatura que se generó estuvo repleta de lugares comunes y es difícil encontrar aportaciones originales. Más o menos, se podría afirmar que el trabajo seminal en la materia es el de Eduardo Soto Kloss<sup>224</sup>, publicado en 1982, y que por ende a estas alturas se encuentra parcialmente desactualizado. A partir de aquí, los textos aportan poco y nada, con honrosas excepciones. Tal vez, la contribución más importante en los años posteriores fue el libro de Enrique Paillás, que analiza dicho instituto en clave comparada<sup>225</sup>. Afortunadamente, ya entrada la década del 2000, se ha desarrollado una corriente doctrinaria, que con el objetivo de formular críticas desde diversas perspectivas al recurso de protección, ha abordado el tema de una manera más rigurosa. Es posible encontrar aquí los trabajos de Gómez, Jana, Bordalí, Atria, Palomo, etc. quienes han servido de inspiración para escribir este capítulo.

---

<sup>224</sup> Soto Kloss, E., *El recurso de protección Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile (1982).

<sup>225</sup> Paillás, E., *El recurso de protección ante al derecho comparado*, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, Santiago de Chile (2002).

Simplemente para partir nuestro análisis, es necesario comenzar revisando la fuente normativa que lo consagra. Al respecto el artículo 20 de la Carta Fundamental dispone que:

“El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°, 3° inciso cuarto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°,12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24°, y 25° podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.”

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8° del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia, están más o menos contestes en que a partir de dicho artículo se pueden deducir los siguientes elementos que nos permite elaborar un concepto del recurso de protección:

- a. El recurso de protección es un mecanismo que protege jurisdiccionalmente los derechos fundamentales que se enumeran en el artículo 20 de la Constitución. El hecho de que el recurso de protección tutele jurisdiccionalmente los derechos fundamentales es una afirmación que no es muy difícil de justificar, en la medida en que el órgano competente para conocer y resolver esta acción en primera instancia, es la Corte de Apelaciones respectiva. No obstante, ya hemos insinuado cuando hemos comentado el concepto de jurisdicción en el Derecho chileno, que en este caso se trata al menos de una categoría un tanto especial de jurisdicción. Retomaremos esta cuestión más adelante.
- b. Se trata de una tutela que puede operar *ex post*, pero que también puede operar con carácter preventivo, pues el

artículo 20 habla de “privación, perturbación o amenaza” de un derecho.

- c. Una tercera cuestión también es clara. No cualquier “privación, perturbación o amenaza” de un derecho fundamental da lugar a un recurso de protección. Se requiere que la conducta además sea “ilegal o arbitraria”, incluso en el caso del artículo 20 inciso 2º, se exige nada más la ilegalidad como requisito de procedencia. Desarrollaremos más adelante los problemas que este requisito supone<sup>226</sup>. Simplemente por ahora basta con señalar la anomalía que ello implica. Creemos que ello es consecuencia de la vocación contencioso administrativa del recurso de protección. Lamentablemente, esta circunstancia ha sido asumida de manera bastante acrítica por la doctrina. Por el contrario, nosotros planteamos que es justamente éste uno de los aspectos donde el diseño del recurso de protección hace crisis.
- d. Cuestión diversa es la exigencia de la arbitrariedad. Esta es una exigencia más o menos común en Derecho comparado, que la jurisprudencia ha ido dotando de contenido a través de determinadas formas de razonamiento como por ejemplo el principio de proporcionalidad, pero que en el caso chileno se ha utilizado poco. De cualquier modo, es importante poner énfasis en que la arbitrariedad representa una alternativa a la ilegalidad como requisito de admisibilidad del recurso de protección.
- e. También es pacífico que se trata de un procedimiento sumarísimo<sup>227</sup>. En efecto, el artículo 20 dispone que la Corte de Apelaciones: “adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”.
- f. Se ha señalado también, que se trata de una acción principal. Con esto se hace referencia, a que no es necesario deducir ninguna acción de forma previa ni ulterior a la interposición de un recurso de protección<sup>228</sup>. De esta manera, quien se vea lesionado en uno de sus derechos tendría la opción de

---

<sup>226</sup> Véase *infra* 3.5.7.3.

<sup>227</sup> Por todos: Ríos, L., “El recurso de protección y sus innovaciones procesales”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, núms. 2-3 (1993), pp. 453-466.

<sup>228</sup> *Ibidem*.

interponer, tanto un recurso de protección, como también acudir ante la jurisdicción ordinaria. Incluso más, se suele afirmar usualmente que la utilización del recurso de protección deja subsistente las acciones de Derecho común, debido a que la sentencia que se dicta en un recurso de protección, no obstante ser definitiva, solo produce cosa juzgada formal<sup>229</sup>. También volveremos sobre este aspecto más adelante<sup>230</sup>.

### 3.5.4 Procedimiento

Como ya señalábamos anteriormente, este trabajo no es una investigación de Derecho procesal constitucional. No obstante, en este caso resulta sumamente relevante analizar brevemente algunas cuestiones relativas al procedimiento, debido a que Justamente es en su regulación procesal donde es posible conocer la verdadera esencia del recurso de protección.

Una primera cuestión, bastante importante como para dejarla de lado, es el problema de las fuentes a través de las cuales ha sido regulado dicho procedimiento. A propósito del recurso de amparo y la acción de indemnización por error judicial dejábamos planteado el problema y ahora lo retomamos<sup>231</sup>. En Derecho comparado existe un consenso bastante extendido, en relación a que cualquier procedimiento judicial, y sobre todo uno que regula garantías de los derechos fundamentales, debe ser regulado por ley. Esta exigencia, como ya hemos visto, se traslada también a la Constitución chilena donde el artículo 19 N° 3 exige que: “toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado”<sup>232</sup>. No obstante lo anterior, el procedimiento en el caso del recurso de protección ha sido regulado desde siempre por medio de una norma de dudosa constitucionalidad y de escasa ortodoxia: los autos acordados de la Corte Suprema. En efecto, han sido cuatro los Autos Acordados que han establecido las normas

---

<sup>229</sup> *Ibidem*.

<sup>230</sup> Véase *infra* 3.5.6.

<sup>231</sup> Véase *supra* 3.3.1, 3.4.5 e *infra* 3.5.7.1.

<sup>232</sup> Véase *supra* 1.2.

procesales en materia de recurso de protección. El actualmente vigente data de 2007. Anteriormente, el original de 1977 fue reformado por la misma vía en 1992 y en 1998.

Por otra parte, las dificultades no se acaban aquí. Sin perjuicio del carácter espurio de la fuente de regulación, todos los autos acordados anteriormente mencionados adolecen de otro problema: su deficiente técnica legislativa. Esto se traduce en dos rasgos que conspiran fuertemente contra nuestra intención de saber exactamente qué es lo que es jurídicamente el recurso de protección. Por ello es conveniente, revisar brevemente el procedimiento establecido por el auto acordado de 2007, con el objeto de buscar elementos que nos puedan ilustrar al respecto.

### **3.5.4.1 Tribunal competente**

Conoce en primera instancia la Corte de Apelaciones respectiva<sup>233</sup>, esta es, aquélla en cuya jurisdicción se hubiere cometido la vulneración o la amenaza de vulneración del derecho fundamental. En segunda instancia conoce la Corte Suprema. En este punto se puede observar una decisión de política judicial importante por parte del constituyente que modifica la estructura normal del Poder Judicial chileno, por cuanto, los tribunales ordinarios de primera instancia no participan del conocimiento del recurso de protección. Según Soto Kloss la razón estaría dada porque “conocedor el constituyente de la época de la poca destreza que el juez (ordinario de primera instancia) poseía en el manejo de la ley fundamental, entrega el conocimiento del RP a los tribunales superiores de justicia”<sup>234</sup>.

---

<sup>233</sup> La Corte de Apelaciones en el sistema jurisdiccional chileno es el tribunal ordinario de doble instancia, pero que en este caso actúa como tribunal de primera instancia. Existen 17 Cortes de Apelaciones en todo Chile (Arica, Iquique, Antofagasta, Copiapó, La Serena, Valparaíso, Santiago, San Miguel, Rancagua, Talca, Concepción, Chillán, Temuco, Valdivia, Puerto Montt, Coyhaique y Punta Arenas).

<sup>234</sup> Soto Kloss, E., “El recurso de protección: aspectos fundamentales”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 11, núms. 1-2 (1984), p. 365.

Sin embargo, esta decisión también ha suscitado críticas. Bordalí, por ejemplo, las centra en el hecho de que el recurso de protección ha significado alterar profundamente toda la organización judicial, produciendo problemas como por ejemplo, subvertir el principio de proximidad del órgano jurisdiccional, así como también distraer las competencias naturales de las Cortes de Apelaciones, la cual conocer y dictar sentencia en un plazo razonable de los recursos de apelación<sup>235</sup>. Más adelante discutiremos si estas críticas son o no ajustadas a la realidad.<sup>236</sup>

#### **3.5.4.2 Interposición de la demanda**

El recurso de protección se puede interponer en un plazo de treinta días naturales contados desde la ejecución del acto u omisión que vulnera el derecho. Este plazo tan breve, da a entender de que se trata de un mecanismo de tutela de urgencia. Sin embargo, como también veremos más adelante, esto no está tan claro y existe una corriente jurisprudencial, que a pesar del restringido plazo para la interposición de la demanda ha entendido que el recurso de protección no necesariamente implica urgencia en la tramitación del asunto de que se trata.

#### **3.5.4.3 Legitimación activa**

Lo puede interponer cualquier persona jurídica pública o privada e incluso agrupaciones de personas que carezcan de personalidad jurídica. A su vez, se puede deducir *interposita persona* sin mayores formalidades. El artículo 2º del Auto Acordado señala que “el recurso se interpondrá por el afectado o por cualquiera otra persona en su nombre, capaz de parecer en juicio, aunque no tenga para ello mandato especial, por escrito en papel simple y aún por telégrafo o télex”. Todo ello da a entender que la legitimación activa está

---

<sup>235</sup> Cfr. Bordalí, A., “El recurso de protección...”, Cit., p. 205.

<sup>236</sup> Véase *infra* 3.5.7.1

concebida en términos amplísimos, casi no existiendo límites al respecto<sup>237</sup>.

#### 3.5.4.4 Admisibilidad

A partir del Auto Acordado de 1998, además de interponerlo dentro de plazo, se exige una somera fundamentación de los hechos que pueden constituir una vulneración de un derecho fundamental. Este tema ha sido bastante polémico. Originalmente no se exigía ninguna limitación en este sentido. El actual texto del artículo 2 inciso 2° del auto acordado, señala que “presentado el recurso, el Tribunal examinará en cuenta si ha sido interpuesto en tiempo y si se mencionan hechos que puedan constituir la vulneración de garantías de las indicadas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República. Si no cumple con estas características, la sala correspondiente lo declarará inadmisibile, desde luego, por resolución fundada, la que sólo será susceptible del recurso de reposición ante el mismo tribunal”.

Como se puede observar, la exigencia de fundamentación es mínima. No obstante, en su momento la reforma del auto acordado provocó airadas críticas. Soto Kloss la calificó en una oportunidad de “monstruosidad”<sup>238</sup>, para luego agregar que dicha modificación atentaba contra el derecho de acceso a la justicia<sup>239</sup>. A la misma conclusión, pero con argumentos más reposados llegaba Fernando Saenger. Dicho autor reparaba en que la reforma no fijó límites precisos que permitan delimitar el examen de admisibilidad y el pronunciamiento sobre el fondo. Además, para este autor la reforma de 1998 representa un contrasentido en relación a la finalidad del recurso, pues si se permite a las personas interponerlo sin representación letrada y sin las menores formalidades, se puede

---

<sup>237</sup> Véase *infra* 3.5.5.

<sup>238</sup> Soto, E., “El derecho fundamental de acceso a la justicia (a propósito de requisitos de admisibilidad), en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 25 núm. 1 (1998), p. 273.

<sup>239</sup> *Ibidem*.

dejar sin defensa a todas las personas que opten por esta vía y no funden adecuadamente el recurso<sup>240</sup>.

En cualquier caso, las razones por las que la Corte Suprema modificó el auto acordado están plenamente justificadas en razón del elevado número de recursos de protección que diariamente se interponían, más aun cuando dicho número continuaba creciendo a tasas sostenidas. Por otra parte, es completamente normal que el ejercicio de la jurisdicción concibe algún tipo de filtro al momento de la admisibilidad, pues la jurisdicción es un bien escaso y por tanto debe ser ejercido con eficacia.

En materia de admisibilidad, referencia obligada son las páginas que Gastón Gómez dedica en su libro a este tema. En ellas, a partir de una muestra de 116 casos declarados inadmisibles, dicho autor trata de desentrañar cómo la práctica jurisdiccional ha entendido la expresión “manifiesta falta de fundamentos” que contiene el auto acordado<sup>241</sup>. La conclusión a la que llega Gómez, es que la revisión de admisibilidad es la etapa que genera más problemas de todo el procedimiento. Debido a la precariedad de las normas sobre admisibilidad, la Corte esgrime como falta de fundamento cuestiones de muy diversas índole y muchas veces sin la más mínima coherencia<sup>242</sup>.

Para Gómez, en gran medida esta ambigüedad se conecta con las dudas sobre la naturaleza jurídica del recurso de protección (que analizaremos en el siguiente acápite)<sup>243</sup>. Obviamente, además de las presentaciones que carecen de sustento lógico o son ininteligibles, el citado estudio destaca que entre las causales para declarar inadmisibles un recurso se suele invocar con frecuencia que el asunto no sea competencia de un tribunal ordinario o especial. Esto sucede, por ejemplo, cuando el tribunal advierte: “que la materia tiene otro procedimiento apropiado”, “que se trata de un asunto de lato conocimiento”, “que tiene previsto en su ley su propio procedimiento de revisión”, etc.<sup>244</sup>. No obstante, este argumento es

---

<sup>240</sup> Cfr. Saenger, F., “La lenta agonía del recurso de protección”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 25 núm. 1 (1998), p. 264.

<sup>241</sup> Cfr. Gómez, G., *Recurso de protección ...*, Cit., p. 86

<sup>242</sup> Cfr. *Ibíd.*, p. 105.

<sup>243</sup> Cfr. *Ibíd.*, p. 92.

<sup>244</sup> Cfr. *Ibíd.*, p. 93.



falaz por dos razones: en primer lugar, ni siquiera en el caso de cuestiones que tienen asignada una acción especial el legislador prohíbe la interposición de un recurso de protección, y más bien, la exclusión se da en sentido contrario<sup>245</sup>; en segundo lugar, toda cuestión discutida en un recurso de protección según el artículo 20 inciso 1° de la Constitución parte final, es susceptible de discutirse luego en un procedimiento ordinario.

Pero además de estas causales de carácter netamente procesal, la Corte respectiva muchas veces entra a pronunciarse sobre el fondo en el trámite de admisibilidad. Esto se observa con toda claridad cuando la Corte muchas veces exige para declarar admisible un recurso, la circunstancia de que los derechos que se afirman vulnerados sean “derechos preexistentes<sup>246</sup>” o “derechos indubitados<sup>247</sup>”. Como se puede observar, en materia de admisibilidad la jurisprudencia de los tribunales de protección se ha ido forjando muchas veces sin tener a la vista los conceptos fundamentales del derecho procesal y de la teoría del Derecho y, como veremos más adelante, ha causado efectos verdaderamente perniciosos para la tutela de los derechos fundamentales.

---

<sup>245</sup> Por ejemplo, el art 485 inciso final del Código del Trabajo establece que: “Interpuesta la acción de protección a que se refiere el artículo 20 de la Constitución Política, en los casos que proceda, no se podrá efectuar una denuncia de conformidad a las normas de este Párrafo, que se refiera a los mismos hechos”.

<sup>246</sup> Por ejemplo, véase: Gutiérrez Govorcín y otros con Girón Vilches y otros, causa rol 6142/2006 de la Corte de Apelaciones de Santiago, confirmada por la Corte Suprema:

5° Que, como se ha señalado, el recurso de protección de garantías constitucionales establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción de naturaleza cautelar destinada a amparar el libre ejercicio de las garantías y “derechos preexistentes”.

<sup>247</sup> Por ejemplo, en Peña Medel con Forster Marín, Corte de Apelaciones de Talca 1197/2006, confirmada por la Corte Suprema, se resolvió:

“3°) Que la presente acción cautelar procede para restablecer el imperio de derechos indubitados, cuyo ejercicio ha sido violado, perturbado o amenazado en virtud de un acto u omisión ilegal o arbitraria, cuyo no es el caso de autos en que, como ha quedado dicho, se controvierte la existencia del derecho cuya protección cautelar se invoca”.

### 3.5.4.5 Estructura del procedimiento

Su estructura es notablemente desformalizada y concede al tribunal amplias facultades discrecionales. En síntesis, el procedimiento se articula en base a las siguientes reglas:

- a. Acogido a tramitación el recurso, la Corte de Apelaciones ordenará a quien se señale en la demanda como responsable de la privación, perturbación o amenaza del derecho un informe, señalándole que conjuntamente con éste, debe remitir a la Corte todos los antecedentes que existan en su poder sobre el asunto motivo del recurso. El plazo para evacuar este trámite no se encuentra establecido en el auto acordado y será estos efectos el mismo tribunal quien lo determinará discrecionalmente. Nótese la nomenclatura que utiliza el Auto Acordado, que al calificar de “informe” la actuación procesal del recurrido, al parecer pretende situar dicho acto jurídico procesal en una categoría inferior a la de una contestación de la demanda. Otro aspecto que llama la atención, es la discrecionalidad que tiene el tribunal al fijar el plazo para contestar el recurso (o “informar” en la nomenclatura del Auto Acordado), lo cual evidentemente está reñido a simple vista con el derecho a la tutela judicial efectiva o debido proceso.
- b. Una vez recibido el informe y los antecedentes requeridos, o incluso sin ellos, el Tribunal ordenará traer los autos en relación y dispondrá agregar extraordinariamente la causa a la tabla del día subsiguiente. De esta manera, el Tribunal puede llegar a resolver el asunto, sin ninguna otra intervención de las partes o si lo prefiere puede ordenar la realización de alguna diligencia probatoria, pero siempre se trata de una facultad discrecional del Tribunal. En este sentido, toda la esencia del procedimiento para la tramitación del recurso de protección queda resumida en el artículo 5° del Auto Acordado, que dispone: “Para mejor acierto del fallo se podrán decretar todas las diligencias que el Tribunal estime necesarias”.
- c. El Tribunal cuando lo juzgue conveniente para los fines del recurso, podrá decretar todas las medidas cautelares que estime procedentes.

- d. La Corte apreciará la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica. No obstante no se señala nada en el Auto Acordado en qué consiste esta facultad. Sin embargo, la doctrina nacional está conteste que dicho estándar probatorio implica apreciar la prueba de acuerdo a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados<sup>248</sup>. Así también lo disponen una serie de cuerpos legales, como por ejemplo el Código del Trabajo o el Código Procesal Penal. Sin embargo, lo normal es que las sentencias de los tribunales de protección adolecen de una falta de motivación manifiesta, pues no basta afirmar que la prueba se apreció de acuerdo a las normas de la sana crítica, sino que también es necesario explicar de qué manera se ha formado la convicción del tribunal.
- e. La sentencia definitiva, ya sea que acoja o rechace el recurso, será apelable ante la Corte Suprema.
- f. La Corte de Apelaciones y la Corte Suprema, en su caso, fallará el recurso dentro del quinto día hábil, pero tratándose de las garantías constitucionales contempladas en los números 1º, 3º inciso 4º, 12º y 13º del artículo 19 de la Constitución Política, la sentencia se debe expedir dentro del segundo día hábil, plazos que se contarán desde que se halle en estado la causa.

### 3.5.5 Naturaleza jurídica

Como se puede ver, no es fácil para un observador externo llegar a una conclusión categórica en relación a clasificar al recurso de protección dentro de las fórmulas tradicionales del Derecho procesal<sup>249</sup>. Debido a su escasa reglamentación, es difícil adivinar cómo éste funciona en la práctica y cuál es el papel que cumple en el marco más general del ordenamiento jurídico. Sin embargo, en la doctrina chilena siempre ha existido una idea bastante asentada en relación a su configuración. No es casual tampoco que esta

---

<sup>248</sup> Por todos: González, J., “La fundamentación de las sentencias y la sana crítica”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, núm. 1 (2006), pp. 93-107.

<sup>249</sup> Véase *supra* 1.2.

configuración responda a la visión que han defendido los profesores que trabajaron en su diseño. Al respecto, voz autorizada es el profesor Soto Kloss, que fue uno de los encargados, primero de la redacción del proyecto de reforma constitucional de 1972 y luego asesor de la CENC, quien señala que “el recurso de protección constituye una ampliación del amparo para la libertad personal (como ya vimos, se refiere al *habeas corpus*), extendiéndose éste a prácticamente la gran mayoría de los derechos y libertades que la Constitución reconoce a las personas y grupos asociativos”<sup>250</sup>.

Desde luego que el recurso de protección tiene algunas características comunes con el *habeas corpus*, y en este sentido la analogía puede ser útil. Sin embargo, de allí a afirmar que éste sea una suerte de *habeas corpus* extendido equivale a no entender cómo funciona este último mecanismo jurisdiccional y obscurece aún más el problema. La razón es que en esencia, el *habeas corpus* posee ciertas peculiaridades explicables por la especial naturaleza del derecho que tutela, que son difícilmente generalizables a derechos tan disímiles como la libertad de conciencia o el derecho de propiedad. Si a lo anterior le sumamos, como vimos con anterioridad<sup>251</sup>, la confusión que reina en Chile acerca del verdadero papel que debe jugar el *habeas corpus* en el conjunto de garantías que tienen por objeto proteger la libertad personal, llegaremos a la conclusión de que concebir de esta manera al recurso de protección implica aceptar que éste proporciona una solución al problema de la tutela de los derechos a un coste muy alto.

De algún modo, esta circunstancia es conocida por la doctrina, pues es pacífico entre los autores que el recurso de protección responde a una forma bastante atípica de jurisdicción. En efecto, es bastante común que entre sus principales características se suela mencionar el hecho de que se trata de un procedimiento unilateral, informal, inquisitivo, sumario y que no produce efectos de cosa juzgada material<sup>252</sup>. Sin embargo, no existe claridad en relación a qué significan todos estos elementos puestos al mismo tiempo y articulados en un mismo procedimiento. O dicho de otra manera,

---

<sup>250</sup> Soto Kloss, E., “El recurso de protección: aspectos...”, Cit., p. 365.

<sup>251</sup> Véase *supra* 3.4.5

<sup>252</sup> Por todos: Ríos, L., “El recurso de protección y sus innovaciones.....”, Cit., p. 454-455.

existe un sector importante de ella quienes esto no parece disgustarle en lo más mínimo.

Como sea, el punto fue abordado en la CENC. Esta consciente de que a las Cortes se les estaba entregando una dosis importante de poder, justificó esta circunstancia en base a que el papel que debería corresponderle al recurso de protección debía ser más bien excepcional y con alcances limitados. Allí se dijo que dicho procedimiento debía ocupar el papel de “una posta de primeros auxilios” (*sic*), graficando de esta manera, la situación de urgencia que se trata de resolver con esta acción y el carácter provisorio que posee<sup>253</sup>, señalándose que “ya verá el paciente, si el remedio no fue suficiente o eficaz, si recurre a un tratamiento hospitalario más completo o prolongado como el que proporcionan las acciones comunes o específicos”<sup>254</sup>. En razón de lo señalado, concebir al recurso de protección como un procedimiento cautelar, parece ser la respuesta natural.

Esta posición ha tenido eco en la doctrina y la jurisprudencia. Al respecto se ha señalado que el recurso de protección es una acción cautelar autónoma, y por lo tanto, a los tribunales de protección no les corresponde pronunciarse sobre el fondo del asunto<sup>255</sup>. Esta respuesta a la pregunta de la naturaleza jurídica surgió desde temprano, incluso entre los comentaristas preconstitucionales. Así por ejemplo, ya en 1979 Schiessler afirmaba: “el recurso no debería ser procedente sino cuando la inconstitucionalidad o ilegalidad fueren manifiestas, de manera que cuando sea necesaria para establecerlo o acreditarlo un mayor debate o prueba o la cuestión

---

<sup>253</sup> Cfr. Ríos, L., “Delimitación del recurso de protección frente a otras acciones constitucionales protectoras de derechos fundamentales” en Nogueira, H. (ed.), *Acciones constitucionales de amparo y protección: realidad y prospectiva en América Latina*, Editorial Universidad de Talca, Santiago de Chile (2000), p. 143.

<sup>254</sup> *Ibídem*.

<sup>255</sup> Al respecto la jurisprudencia es enorme. Sólo como botón de muestra véase autos caratulados Hantsch Stuardo con Servicio Agrícola Ganadero, Corte de Apelaciones de Chillán, Rol 107-2006, confirmada por la Corte Suprema: “1º) Que el recurso de protección dada su naturaleza cautelar, no contradictoria o bilateral y sumaria, el ámbito de su aplicación se limita a aquellos actos cuya arbitrariedad o ilegalidad son evidentes, ostensibles, atendidas las circunstancias y modalidades concretas de la situación de que se trata”.

promovida fuera dudosa no debe ser acogido el recurso”<sup>256</sup>. Sin embargo, se trata de una tesis que no está exenta de problemas debido a la precaria regulación de este instrumento.

En efecto, en teoría general del proceso son dos los requisitos esenciales de todo procedimiento cautelar: la apariencia de buen derecho (*fummus boni iuris*) y el peligro en la demora (*periculum in mora*). En los hechos, el primero de estos requisitos generalmente se suele cumplir. Incluso más, la jurisprudencia normalmente pareciera referirse a la apariencia de buen derecho, cuando a propósito de la admisibilidad, exige que se trate de un “derecho indubitado” o un “derecho preexistente”<sup>257</sup>. Aunque estas expresiones representan una impropiedad del lenguaje, de alguna manera cumplen la función de vertebrar la exigencia que hace el tribunal de que exista una apariencia de buen derecho. Sin embargo, respecto del segundo requisito las cosas son menos claras. No es raro que la exigencia de peligro en la demora sea completamente soslayada por el tribunal que conoce, y tampoco resulta extraño encontrarse con juicios de protección que versan sobre cuestiones en que no existe peligro alguno asociado al transcurso del tiempo<sup>258</sup>.

Prueba de esto es que el derecho que predomina por lejos en las estadísticas es el derecho de propiedad. Al respecto, Navarro presenta estadísticas bastante contundentes: en el año 2005 la Corte Suprema resolvió más de 1000 apelaciones habiendo acogido cerca de un 25%. De ese número total, una cifra cercana a los 250, 162 corresponden a casos donde se invoca el derecho de propiedad<sup>259</sup>. Añade dicho autor, que un alto número de recursos acogidos por esta causal lo fueron por vulneración al derecho de propiedad sobre bienes físicos, tales como cierres de caminos y predios e

---

<sup>256</sup> Schiessler, G., “El recurso de protección en la nueva Constitución”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 6, núms. 1-4 (1979), p. 357.

<sup>257</sup> Véase en este capítulo 4.3.4.

<sup>258</sup> Por ejemplo, en Aguas Los Domínicos con Superintendencia de Servicios Sanitarios, se trataba de determinar si la autoridad administrativa se había excedido de sus facultades en al dictar las bases preliminares para fijación tarifaria de la aguas, la Corte concede la razón al recurrente y deja sin efecto las mencionadas bases. Publicada en *Gaceta Jurídica*, 293 (2004), pp. 78 y ss.

<sup>259</sup> Cfr. Navarro, E., “30 años del recurso de protección”, en Asociación Chilena de Derecho Constitucional, *Temas actuales de Derecho constitucional. Libro homenaje al profesor Mario Verdugo Marinkovic*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile (2009), p. 144.

impedimentos al ejercicio de servidumbres, pero también entre las materia se encuentran cuestiones de lo más variado, como por ejemplo: uso ilegal de bienes nacionales de uso público, introducción de animales en predios ajenos, solicitudes de inscripción de dominio que afectan derechos de terceros, afectación de tenencia de bienes, compensación procedente de tributos, etc.<sup>260</sup> A la luz de estos datos, queda bastante claro que muchas veces el peligro en la demora no es una cuestión determinante para el tribunal a la hora de decidir si ha o no lugar el recurso de protección.

*A contrario sensu*, no son aisladas las opiniones que entienden al recurso de protección como un proceso declarativo<sup>261</sup>. Tampoco son escasas las sentencias que recogen esta teoría, sin perjuicio de que las limitaciones procesales para adoptar esta postura son evidentes: ausencia de un contradictorio, inexistencia de un procedimiento probatorio, procedimiento discrecional establecido *ex caso* por el tribunal, etc., aunque por cierto, muchas veces en la práctica los tribunales se hayan comportado como si ellas no existieran<sup>262</sup>.

---

<sup>260</sup> Cfr. Navarro, E., *Ob. Cit.*, p. 144.

<sup>261</sup> Por todos: Paillas, E., *Ob. Cit.*, p 103.

<sup>262</sup> También sólo a título ejemplar véase autos caratulados Menone Campos con Los Montes S.A., causa rol 5935-2006 de la Corte de Apelaciones de Santiago, donde la Corte se pronuncia acerca de la naturaleza y obligaciones derivadas de un contrato de arrendamiento:

**“Sexto:** Que, en todo caso, la recurrida sostiene que se encuentra autorizada para proceder al corte de energía eléctrica por los artículos 5 de la Ley N° 19.537 y 14 de su Reglamento. Sin embargo, el precitado cuerpo legal regula un régimen especial de propiedad inmobiliaria, con el objeto de establecer condominios integrados por inmuebles divididos en unidades sobre las cuales se pueda constituir dominio exclusivo a favor de distintos propietarios, manteniéndose uno o más bienes en el dominio común de todos ellos. Se sigue de ello que tal legislación no es aplicable en el presente caso, pues la recurrida no ha acreditado haber acogido el inmueble de que es propietaria exclusiva a la citada legislación en los términos que en ella se regula, observándose que sólo arrienda los diversos locales que lo integran y que para una mejor administración del interés común ha dictado un Reglamento, en el cual como ya se señaló, no se reservó la facultad que reclama.

**Séptimo:** Que así las cosas, al no haber acreditado la recurrida que la facultad por ella ejercida tuviere amparo en el contrato de arrendamiento o que le hubiere sido atribuida por el orden legal, el corte de energía eléctrica unilateralmente decretado constituye un acto de autotutela ilícita que se encuentra proscrito por nuestro ordenamiento jurídico, y como aquel trae consigo que se impida el

En nuestra opinión, esta no es una discusión menor, pues será este el dato que permitirá a las partes y al juez encausar el diálogo procesal de una manera adecuada en relación a las pretensiones de éstas. Como señala Paillás, la conclusión a la que se llegue en este punto es de enorme importancia, pues si el recurso de protección fuese una medida cautelar, ello significaría que el alcance y efectos de una sentencia que se dicte van a quedar limitados a un ámbito bien concreto, pues en las medidas precautorias la parte que obtiene una decisión favorable no incorpora a su patrimonio derecho permanente<sup>263</sup>.

La ambigüedad con que ha actuado la jurisprudencia, ha traído como consecuencia que el recurso de protección puede funcionar en algunos tribunales como procedimiento cautelar, por lo tanto la Corte se inhibirá de entrar a conocer sobre el fondo, y en otros hará precisamente lo contrario, pudiendo por ejemplo, llegar a determinar la naturaleza y obligaciones que emanan de un contrato o incluso los deslindes de un bien inmueble. Como no podía ser de otra manera, esta ambivalencia producirá unos efectos devastadores para la protección de los derechos fundamentales y conspirará gravemente para que el recurso de protección funcione como una herramienta idónea para tutelarlos en el nivel jurisdiccional.

### **3.5.6 Función dentro del sistema de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales**

La cuestión no es baladí, teniendo como dato previo que es por lejos el mecanismo jurisdiccional de tutela de los derechos fundamentales más utilizado en el Derecho chileno. En este contexto, la pregunta obligada que nos deberíamos formular es realmente qué papel cumple el recurso de protección dentro del conjunto garantías jurisdiccionales. La respuesta en este caso, a diferencia de los mecanismos anteriormente estudiados, es que el recurso de

---

ejercicio del derecho a desarrollar la actividad económica por acción de una de las partes del contrato, el recurso será en definitiva acogido”.

<sup>263</sup> Cfr. Paillás, E., Ob. Cit., p. 101.



protección se plantea desde el mismo texto constitucional con una amplitud inédita. Al respecto, el artículo 20 enumera cada uno de los derechos que tutela:

- 19 N° 1: derecho a la vida y a la integridad física y psíquica.
- 19 N° 2: La igualdad ante la ley.
- 19 N° 3 inciso quinto

Se debe destacar que el artículo 19 N° 3, contiene los denominados “derechos fundamentales de contenido procesal, aunque la Constitución no utiliza esta expresión y prefiere hablar de “la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos”. En la lista enumerada dentro de este artículo se incluye: el derecho a la defensa jurídica (incisos 2°, 3° y 4°), el mencionado inciso quinto que contiene el principio del juez natural, la exigencia de que toda sentencia de un órgano que ejerce jurisdicción debe fundarse en un procedimiento previo legalmente tramitado, la exigencia formulada al legislador de que estos procedimientos deben ser racionales y justos (inciso 6°), la prohibición de presunciones de Derecho en materia de responsabilidad penal (inciso 7°), los principios de legalidad penal e irretroactividad en materia penal (inciso 8°) y el principio de legalidad de las penas (inciso final).

De esta manera se debe dejar en claro, que el recurso de protección no tutela el derecho a la tutela judicial efectiva o al debido proceso en su integridad, sino solamente uno de los principios que se reconoce dentro de este macro derecho como es el principio del juez natural. Esto explica por qué esta cláusula del artículo 19 N° 3 inciso cuarto, ha sido extendida hasta casi su desnaturalización a través de una interpretación amplísima de la expresión “nadie puede ser juzgado por comisiones especiales” del artículo 19 N° 3 inciso cuarto, que ha convertido dicha disposición en una verdadera puerta de entrada para convertir al recurso de protección en el mecanismo de control de la administración pública por excelencia, principalmente a través del contencioso anulatorio, respecto de órganos administrativos fiscalizadores que ejercen potestades

propias del Derecho administrativo sancionador<sup>264</sup>, pero que también ha servido para incluir dentro de su contenido cuestiones tan disímiles como expulsión de miembros de asociaciones deportivas o sanciones disciplinarias aplicadas a socios en sociedades de personas por los órganos estatutarios.

- 19 N° 4: derechos a la protección de la vida privada y a la honra de la persona y su familia.
- 19 N° 5: derecho a la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada.
- 19 N° 6: derecho a la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos.
- 19 N° 8: derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.
- 19 N° 9 inciso final: relativo al derecho de toda persona a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado.

Es importante destacar, que no obstante el artículo 19 N° 9 reconoce el derecho a la salud, el recurso de protección nada más protege la libertad de atenderse en el sistema de salud que el paciente estime conveniente, aunque en la práctica solo en el sistema público se puede elegir libremente, pues en el sistema privado se deben cumplir determinados requisitos de afiliación.

- 19 N° 11: derecho a la libertad de enseñanza.
- 19 N° 12: derecho a la libertad de emitir opinión e informar.
- 19 N° 13: derecho de reunión.
- 19 N° 15: derecho de asociación.

---

<sup>264</sup> Así por ejemplo, en sentencia de la Corte Suprema de fecha 11 de octubre de 2007, en causa rol 3833-2007, caratulada “Viña del Mar Stores Co. S.A con Inspección Comunal del Trabajo de Viña del Mar”, se falló:

“7º) Que de lo expresado fluye que la autoridad recurrida se arrogó facultades propias y excluyentes de los tribunales competentes en dicha materia, esto es, de los Juzgados del Trabajo. En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 420 del Código del ramo corresponde a aquellos conocer de las cuestiones o controversias suscitadas entre empleadores y trabajadores, por aplicación de las normas laborales o derivadas de la interpretación y aplicación de los contratos individuales y colectivos del trabajo;”

- 19 N° 16: en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto.

Aquí nuevamente se produce una situación similar a la de los artículos 19 N° 3 Y 19 N° 9. En primer lugar, hay que tener presente que el artículo 19 N° 16 no reconoce el derecho al trabajo, sino al derecho a la libertad de trabajo. Resulta plausible, y así ha sido reconocido en Derecho comparado, que este derecho puede ser interpretado en un sentido amplio como un derecho a elegir la profesión<sup>265</sup>. En Chile, el recurso de protección como medio para la defensa jurisdiccional de este derecho se establece solamente para dos aspectos concretos de la regulación que contiene el artículo 19 N° 16. En primer lugar, la libertad de trabajo entendida como libertad de contratación. En segundo lugar, se protege el inciso cuarto, donde se incluyen una serie de materias algunas de ellas que poco tienen que ver con la tutela de un derecho público subjetivo. En concreto, la señalada disposición establece una limitación al legislador para la prohibición de cualquier tipo de trabajo, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad pública, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así. Igualmente, se establece la no obligatoriedad de la afiliación a sindicatos o colegios profesionales para el ejercicio de un trabajo y por último se establece que la ley determinará las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas.

- 19 N° 19: libertad sindical
- 19 N° 21: el derecho a la libre iniciativa económica o también más comúnmente llamado libertad de empresa.
- 19 N° 22: el derecho a no ser discriminado por el Estado o sus organismos en materia económica.

---

<sup>265</sup> El caso paradigmático es el alemán. Al respecto, el Tribunal Constitucional Federal ha señalado, *ex art.* 12.1 de la LFB, que la libertad profesional es un derecho fundamental esencial para asegurar el desarrollo de la personalidad del individuo. Al respecto véase: Ossenbühl, F., “Las libertades del empresario según la Ley Fundamental de Bonn”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 32 (1991), p. 14.

- 19 N° 23: la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, o “derecho a la propiedad” como se denomina comúnmente.
- 19 N° 24: derecho de propiedad.

Se debe puntualizar que a diferencia del numeral anterior, en este caso se otorga protección a los bienes de una persona cuando ya han ingresado a su patrimonio. Desde este punto de vista, la Constitución brinda protección al derecho de propiedad “en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales”. Además de esta cláusula general, se contiene en dicho artículo una extensa regulación de la expropiación, de la propiedad minera y de las aguas, aspectos que también quedan cubiertos por el recurso de protección.

- 19 N° 25: reconoce además dos tipos especiales de propiedad: la propiedad industrial e intelectual.

Además es importante señalar que con ocasión de la condena de Chile ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el asunto Olmedo Bustos y otros contra Chile, y a propósito de una de las medidas reparatorias que formula la sentencia, se incorporó en este artículo la libertad de creación artística, que poco tiene que ver con el derecho de propiedad y se relaciona más con la libertad de expresión. De todas formas igual quedó protegida por el recurso de protección, como también habría sucedido de haberse incorporado dentro del artículo 19 N° 12 donde se regula el derecho a la libertad de expresión.

Como se puede observar, a partir de la enumeración precedente y sin perjuicio de los derechos excluidos, el recurso de protección tiene como función servir de mecanismo de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales con un carácter general, o al menos es el instrumento que cuenta con un mayor grado de generalidad que actualmente existe en el Derecho chileno. Incluso más, la praxis jurisprudencial incentivada por la creciente demanda de los abogados, ha sido tremendamente expansiva y ha extendido aún más su ámbito de aplicación. Un buen ejemplo de ello ha sido la doctrina jurisprudencial conocida como “propietarización” de los derechos, que alcanzó su cenit a fines de la década de 1990, pero

que ahora mismo continúa vigente, que se basa en una interpretación bastante amplia de la expresión “bienes incorporeales”<sup>266</sup> contenida en el artículo 19 N° 24, fundada en la afirmación de que la propiedad regulada por la Constitución tiene una amplitud mayor que la del Código Civil.

En virtud de esta propiedad constitucional, solo por citar dos ejemplos, se llegó a admitir el derecho de propiedad sobre la función pública respecto de empleados públicos que habían sido destituidos por aplicación de un procedimiento sancionador<sup>267</sup>, o incluso sobre la calidad de estudiante universitario, en caso de estudiantes que habían sido expulsados de sus establecimientos educacionales<sup>268</sup>. De esta manera, casi cualquier derecho interés

---

<sup>266</sup> Por todos: Mohor, S. y Varas P., “Procedencia del recurso de protección frente a las disposiciones del artículo 19 N° 3 de la Constitución de 1980”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 25 núm. 1 (1998), pp. 293-296.

<sup>267</sup> La jurisprudencia aquí es ingente, principalmente durante la década de 1990. Sin embargo hoy en día siguen existiendo no pocos casos donde los tribunales invocan esta doctrina. Sólo a título ejemplar véanse: Hun con Tesorería General de la República, rol 2022-2007 de la Corte de Apelaciones de Santiago, en: *Gaceta Jurídica*, núm. 331, (2007), pp. 93 y ss. y Carroza Cansino con Servicio de Salud Ñuble, Sentencia de la Corte Suprema de fecha 10 de abril de 2007, causa rol 1472-2007.

<sup>268</sup> Un claro ejemplo de la amplitud con que se ha llegado a aplicar este derecho en la jurisprudencia de protección está en la sentencia de la Corte Suprema de fecha 06 de abril de 1989, en el asunto caratulado Baeza Carrasco con Pontificia Universidad Católica de Chile, causa rol 13813:

“1º) Que el actor, en posesión de su calidad de estudiante y asilándose en ella, se encuentra en situación de usar de su derecho para optar al título de abogado, cumpliendo las exigencias universitarias y legales que con tal objeto existan.

2º) Que, en efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 565 del Código Civil los bienes consisten en cosas corporales e incorporeales. Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro. Incorporeales las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas. Y, conforme a lo ordenado en el artículo 576 del mismo Código, las cosas incorporeales son derechos reales o personales.

Ahora bien, el artículo 582 del referido Código dispone que El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra la ley o derecho ajeno; y el artículo 583 preceptúa que sobre las cosas incorporeales hay también una especie de propiedad. Así, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo. De tal modo que sobre los derechos o bienes incorporeales existe también el derecho de propiedad aunque la ley lo expresa diciendo una especie de propiedad, para no identificarlo con el derecho de propiedad de las cosas corporales, por tratarse de un derecho de propiedad de clase o calidad distinta de aquél.

legítimo, e incluso mera circunstancia de hecho, podía ser incluido dentro de la órbita del recurso de protección. Por lo mismo, la enumeración del artículo 20 de la Constitución es engañosa y los límites que establece se han situado mucho más allá de su interpretación textual.

Definitivamente, el recurso de protección no ha dejado indiferente al medio jurídico, el que ha hecho una profusa utilización de este instituto. Esto se ha visto acompañado por una visión absolutamente optimista de su funcionamiento. Pfeffer señala que éste: “es quizás el medio más eficaz que nuestro ordenamiento jurídico reconoce en defensa directa de los derechos y garantías”<sup>269</sup>. Este hecho se ha visto favorecido por las evidentes deficiencias, que como contrapartida ostenta la jurisdicción ordinaria. En este sentido, el factor temporal ha sido un importante incentivo para la creciente utilización del recurso de protección. Lautaro Ríos explica esta circunstancia de una manera bastante elocuente: “[e]n agudo contraste con los lentos, rituales e interminables procedimientos ordinarios -y también, a veces, con procedimientos sumarios que tardan años en afinarse- el recurso de protección tiene un procedimiento informal, inquisitivo, unilateral, breve y concentrado, abierto y provisorio”<sup>270</sup>.

Estas palabras son una buena muestra, de cómo durante más de veinte años, el medio jurídico quedó encandilado ante la figura del recurso de protección como el principal medio para la defensa en juicio de los derechos fundamentales. Incluso más, muchos creyeron ver en él una impronta garantista que incorporaba plenamente al ordenamiento jurídico chileno, ciertas construcciones doctrinarias que en otros países habían producido un extenso debate

---

3º) Que el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política del Estado asegura a todas las personas: 24. El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporeales; y, como el artículo 583 del Código Civil, dispone que sobre las cosas incorporeales hay también una especie de propiedad, resulta indudable que esta especie o clase de propiedad sobre los derechos incorporeales, también se encuentra protegida por el recurso de protección establecido en el artículo 20 de la Carta Fundamental. Y, es de advertir que el constituyente empleó aquel lenguaje utilizado por el Código Civil en el artículo 583 para garantizar el derecho de propiedad en sus diversas especies”.

<sup>269</sup> Pfeffer, E., “El recurso de protección...”, Cit., pp. 88.

<sup>270</sup> Ríos, L., “La acción constitucional...” Cit., p. 113.

y numerosos problemas de implementación. En opinión de estos autores, en Chile nada de esto había sucedido. El sistema diseñado por la Constitución de 1980 solucionaba de raíz todas estas dificultades. Así por ejemplo, Nogueira sostiene que con su implementación se ha recepcionado en Chile una poderosa proyección de la teoría de la *dritwirkung*. Concluyendo dicho autor que “el sistema de derechos asegurados posee una fuerza vinculante *erga omnes* siendo plenamente aplicables a las relaciones entre particulares, concepción que se institucionaliza claramente en nuestra acción de protección”<sup>271</sup>.

Esta suerte de excitación colectiva con una institución inédita en la historia constitucional chilena, impidió por mucho tiempo cualquier tipo de reflexión acerca del verdadero aporte de esta figura a la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales en términos globales. Pero más allá de la autocomplacencia, la duda natural que surge dentro de este esquema tan reducido que durante 20 años predominó en Chile, es saber cuáles son las posibilidades de desarrollo de la tutela jurisdiccional de los derechos más allá del recurso de protección, que otorga una tutela judicial en un sentido muy elemental del término. En este punto la Constitución no es clara, y la única norma expresa que sugiere que el sistema de garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales no se acaba en la tutela sumaria y de urgencia del recurso de protección, es la frase final del mismo artículo 20 que señala que la tutela que proporciona el recurso de protección procederá “sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”.

La doctrina desde siempre ha interpretado que esta disposición establece dos principios: el primero, que el recurso de protección constituye en sí mismo un procedimiento de carácter principal y desvinculado absolutamente de cualquier otro, y el segundo, que la sentencia definitiva produce sólo efectos de cosa juzgada formal. Es este segundo principio, el que ha servido para construir las relaciones entre el recurso de protección y los demás procedimientos del ordenamiento jurídico. En virtud de lo anterior, en principio nada impide que el asunto pueda volver a discutirse en

---

<sup>271</sup> Cfr. Nogueira, H., *Dogmática Constitucional*, Universidad de Talca, Santiago de Chile (1997), p. 145.

un procedimiento ordinario distinto, aunque concurra en este último el requisito de la triple identidad<sup>272</sup>.

Esta interpretación ha sido acogida de forma sistemática por la jurisprudencia, mencionándose estas conclusiones en numerosos fallos, aunque como veremos a continuación, sin asumir las consecuencias prácticas que ella implica<sup>273</sup>. De esta manera, la sentencia pronunciada en un recurso de protección no vendría a cerrar la puerta para que el asunto pueda ser discutido nuevamente a través de otro procedimiento ordinario. Sin embargo, veremos que en la práctica el recurso de protección se utiliza como único procedimiento y normalmente, no existe una segunda discusión en sede judicial.

En efecto, si la tesis de la cosa juzgada formal tuviera plena efectividad en los hechos, no habría nada anómalo en el recurso de protección dentro de la teoría contemporánea del proceso. La razón la intuye el mismo Ríos: “precisamente por tratarse de un procedimiento de emergencia, carente de un periodo de prueba y de un principio contradictorio (...) la Constitución ha debido dejar a salvo el derecho a discutir el fondo de la cuestión (...), en un juicio de lato conocimiento o por otra vía administrativa o jurisdiccional que sea procedente”<sup>274</sup>. Incluso más, dentro de este esquema, el recurso de protección cumpliría una importante misión: proporcionar la tutela de urgencia, para lo cual parece ser un

---

<sup>272</sup> Por todos: Ríos, L., “Innovaciones procesales...”, Cit., p.456.

<sup>273</sup> Sólo a título ejemplar, en la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, autos caratulados Shell Chile con I. Municipalidad de Santiago, rol 6190-1999, de fecha 11 de marzo de 2003 se falló: “**Séptimo.** Que en cuanto a la alegación formulada por el apelante en orden a que la sentencia recaída en el recurso de protección que la actora interpuso en su oportunidad en relación con los mismos hechos, esta Corte debe confirmar el criterio de la sentencia en alzada en cuanto a que esa sentencia no produce cosa juzgada substancial, puesto que el artículo 20 de la Constitución Política que consagra ese arbitrio cautelar es claro en cuanto a que el ejercicio de dicha acción constitucional es sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes. Como lo ha señalado la Excm. Corte Suprema, las sentencias que se dictan en el recurso de protección producen solamente la cosa juzgada formal, esto es, aquella que produce efectos dentro del proceso en que se dictó, mas no fuera de él, en contraposición con la cosa juzgada material o sustantiva, que produce efectos dentro y fuera del proceso”.

<sup>274</sup> Ríos, L., “Innovaciones procesales...”, Cit. p. 456.



instrumento que posee indudables ventajas comparativas, y a la vez permitiría un fortalecimiento de las otras vías, que proporcionan la tutela subjetiva de fondo a los derechos fundamentales.

Pero la verdad es que pocos han reparado que en la realidad las cosas son muy distintas y que en la práctica el recurso de protección cierra para siempre la discusión procesal. En definitiva, la teoría de la cosa juzgada formal ha fracasado por dos razones. En primer lugar, en ocasiones existen dificultades técnicas para volver a retomar la misma discusión en un procedimiento posterior. Romero advierte que en estos casos no se puede renovar el debate en otro procedimiento, pues no es posible retrotraer las cosas a un estado anterior. Un ejemplo paradigmático, sería cuando los tribunales conocen y fallan vía recurso de protección, un asunto en materia de contencioso administrativo anulatorio. En este caso, de lo que se tratará es de destruir la presunción de juridicidad del acto administrativo, y en consecuencia, la nueva situación que nace con el acogimiento de la acción de protección generará un estado jurídico que no existía hasta antes de dicho fallo, el que producirá efectos que luego no podrán ser retrotraídos al momento de la sentencia anulatoria<sup>275</sup>.

Otro caso en que el recurso de protección produce efectos de cosa juzgada material, está dado por el artículo 485 del Código del Trabajo. La Ley N° 20.087, que reforma el Código del Trabajo en lo que dice relación con el procedimiento laboral, crea una acción específica para la defensa de los derechos fundamentales en materia laboral: la acción de tutela laboral<sup>276</sup>. Todos los derechos fundamentales que son susceptibles de ser cautelados por esta acción, lo son además por el recurso de protección. El artículo 485 del Código del Trabajo establece que una vez interpuesto un recurso de protección respecto de estos derechos, no será procedente la acción de tutela. Es decir, se trata de un caso en que por disposición de la ley el recurso de protección produce cosa juzgada material.

En conclusión, existen determinadas materias, donde sea por la naturaleza del asunto o por disposición de la ley, el efecto que

---

<sup>275</sup> Cfr. Romero, A., “Notas sobre la cosa juzgada en el recurso de protección” en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26, N° 2 (1999), p. 512.

<sup>276</sup> Véase *infra* 4.4.2.3.

producirá la sentencia será de cosa juzgada material, y por tanto, no será posible un pronunciamiento posterior en un juicio de lato conocimiento. Pero además, hay una segunda dificultad que viene a desmentir completamente la tesis de los “primeros auxilios”. En realidad, aunque sea técnicamente posible, el asunto generalmente no se vuelve a renovar en sede ordinaria.

Esto sucede simplemente porque las partes no tienen incentivos para ello, pues al ser el recurso de protección autosuficiente y su sentencia tener el carácter de definitiva, entrega una respuesta al ciudadano que requiere el ejercicio de la jurisdicción, sin perjuicio de que esta respuesta no sea de la mejor calidad que el ordenamiento jurídico puede proporcionar. Al respecto, la actitud de las Cortes de Apelaciones y de la Suprema también ha tenido mucho que ver en este resultado. En gran medida, han sido éstas quienes han cortado de raíz el vínculo de la sentencia de protección con el resto del ordenamiento jurídico. En este sentido puntualiza Ríos, que usualmente “las sentencias de protección -particularmente cuando rechazan el recurso- procuran decidir de una vez y para siempre asuntos que deberían quedar resueltos de una manera provisional”<sup>277</sup>. Asimismo, agrega el mismo autor, que la consecuencia de esta actitud es doblemente perniciosa para la consagración de un sistema de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, debido a que “por una parte, quien pierde un recurso de protección sea -como recurrente o como recurrido- se desalienta ante la idea de entablar una acción ordinaria allí donde un tribunal superior colegiado decidió la cuestión de manera perentoria”<sup>278</sup>.

Por otro lado, además de la actitud de los Tribunales superiores de Justicia, existe una dificultad añadida que radica en la misma estructura jerárquica del Poder Judicial, pues quien conoce del recurso de protección, es siempre el superior jerárquico del tribunal que conocerá del procedimiento ordinario u especial respectivo en el cual debería proseguir la discusión. En este sentido, lo normal es que “un tribunal inferior y unipersonal no se atrevera a contradecir lo que quedó resuelto de esa manera por sus superiores jerárquicos”<sup>279</sup>. En efecto, señala Paillás que durante todos sus años

---

<sup>277</sup> Ríos, L., “La acción constitucional...”, Cit., p. 143.

<sup>278</sup> *Ibidem*.

<sup>279</sup> *Ibidem*.

como Fiscal Judicial de la Corte Suprema, nunca vio ningún caso donde un asunto resulto vía recurso de protección se vuelva a plantear en los mismos términos en un procedimiento ordinario posterior<sup>280</sup>.

La consecuencia de todo esto, ha sido que en la práctica, al menos hasta el año 2005 cuando por reforma constitucional se introduce el control de constitucionalidad incidental, el recurso de protección ha ocupado una posición de absoluta preeminencia en la tutela jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales. Esta exclusividad solo se ve afectada en los casos en que existe un procedimiento especialmente previsto en la razón de la materia, como por ejemplo, en el caso del recurso de amparo y el recurso de amparo económico. La cuestión es que, si a una jurisprudencia expansiva que es capaz de llegar incluso donde no tiene habilitación normativa para ello, le sumamos la posición jerárquica dentro del sistema que posee el órgano jurisdiccional que la aplica y la ambivalencia jurídica del instrumento, el resultado más probable es que, la jurisdicción ordinaria a través de los procedimientos ordinarios será incapaz de reivindicar para sí, la aplicación judicial de la constitución y la protección de los derechos fundamentales.

Lo anterior ha traído como principal efecto, una escisión entre la jurisdicción ordinaria y los derechos fundamentales y la distinción taxativa entre jueces de la legalidad y jueces de la constitucionalidad, quedando incluidos dentro de los primeros: los jueces de primera instancia, las Cortes de Apelaciones es cuando ejercen su función natural de tribunales de segunda instancia y la Corte Suprema como tribunal de casación, y quedado incluidos dentro de los segundos: las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema conociendo de recursos de protección, amparo y amparo económico y el débil Tribunal Constitucional previo a la reforma de 2005 cuando ejercía el control de constitucionalidad abstracto y preventivo de las normas de rango legal. En este limitado esquema, se ha entendido que al juez de la legalidad le está vedado utilizar la Constitución como criterio para resolver los conflictos que le son sometidos a su conocimiento, salvo que exista una habilitación normativa expresa que indique lo contrario. Por lo mismo, se entendió en la práctica que sólo las acciones establecidas

---

<sup>280</sup> Paillás, E., Ob. Cit., p.117.

expresamente en la Constitución, al menos durante sus primeros 25 años de vigencia eran, las únicas vías existentes en el Derecho Chileno para impetrar jurisdiccionalmente la protección de los derechos fundamentales.

Todo esto nos lleva a concluir provisionalmente de que el escenario para la tutela jurisdiccional de los derechos no es el más alentador. Como hemos visto, el sistema chileno de protección de los derechos fundamentales hasta hace bien poco se basaba casi exclusivamente en el recurso de protección y unas pocas acciones de alcance más bien específico. Esta situación nos obliga a examinar con mayor detalle cuáles son las disfunciones que ha producido el recurso de protección, en general en la tutela de los derechos, y en específico en los derechos que se encuentran bajo su amparo.

### **3.5.7 Problemas del recurso de protección como mecanismo de tutela general de los derechos fundamentales**

Como señala Palomo, “el modelo chileno de protección de los derechos fundamentales es original y no tiene correlato en Derecho comparado”<sup>281</sup>. Desde ese punto de vista, resulta difícilmente explicable cómo el sistema descansa sobre la base de la protección de urgencia, mayoritariamente a través de un procedimiento difícil de justificar en términos técnicos, y que solamente se puede entender a la luz de las circunstancias políticas que hicieron posible su aparición. Esto hace imprescindible preguntarnos acerca de si las circunstancias actuales permiten seguir manteniendo un remedio jurisdiccional con estas características, y sobre todo, si es necesario seguir asignándole el papel que hasta la fecha ha desempeñado. Las respuestas a estas interrogantes deberían aportarnos claridad acerca de si hoy el recurso de protección, tal como ha sido concebido por tanto tiempo, representa un activo o más bien una carga que

---

<sup>281</sup> Cfr. Palomo, D., “Recurso de protección en Chile: luces, sombras y aspectos que requieren cambios”, en AAVV, *La ciencia del Derecho procesal. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, CECOCH – Librotecnia, Santiago de Chile (2009), p. 384.

dificulta el desarrollo del constitucionalismo en Chile. Por esta razón, es necesario examinar cuál ha sido su aporte al fortalecimiento de las garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales y sopesar si este aporte se compensa las notorias debilidades de que adolece.

En términos generales, existe consenso en que la situación de los derechos fundamentales con posterioridad a la implantación del recurso de protección ha mejorado bastante respecto del periodo anterior. De alguna manera, la introducción de este instituto ha permitido no solamente solventar un importante vacío en materia de protección de los derechos fundamentales, sino que también ha posibilitado reconducir hacia la protección, la tutela de otros derechos e intereses legítimos que anteriormente carecían de cobertura legal. Un buen ejemplo está dado por que en la práctica, esta acción ha venido a colmar una importante laguna como es la inexistencia de jurisdicción contenciosa administrativa con carácter general. Otro claro ejemplo se da en Derecho ambiental, donde la jurisprudencia emanada de recursos de protección ha significado un importante impulso al desarrollo de esta rama del ordenamiento jurídico en Chile. Al respecto, existe una importante jurisprudencia ya desde la década de 1980, cuando ni siquiera existía legislación ambiental propiamente tal<sup>282</sup>, en la que se puede observar cómo los tribunales sólo dotados del artículo 19 N° 8 de la Constitución, evitaron auténticos desastres ecológicos<sup>283</sup>. En este sentido, especialmente recordados son el caso del “Lago Chungará”<sup>284</sup> y el caso de la contaminación de la Caleta Palitos, en Chañaral<sup>285</sup>.

Otro elemento que juega a favor del recurso de protección, es el éxito que ha alcanzado a nivel de los usuarios, lo que se manifiesta en las altas tasas de utilización que por años ha exhibido. Al

---

<sup>282</sup> La Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, columna vertebral en este ámbito, data del año 1994.

<sup>283</sup> Cfr. Bertelsen, R., “El recurso de protección y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Examen de quince años de jurisprudencia”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 25, núm. 1 (1998), pp. 139-178.

<sup>284</sup> Sentencia de la Corte Suprema, de 19 de diciembre de 1985 publicada en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXXII (1985), núm. 3, sección 5ª, pp. 261-274.

<sup>285</sup> En: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXXV, núm. 2, 1988, sección 5ª, pp. 191 y ss.

respecto, un examen en clave cuantitativa ahorra cualquier comentario. Para el ciudadano común el recurso de protección cumple una función extraordinariamente importante: entrega una solución institucionalizada en un tiempo relativamente breve, convirtiéndolo en el remedio ideal para hacer frente a la justicia de propia mano. Por ello, ha sido ampliamente utilizado para resolver cuestiones relativas a derechos de contenido patrimonial, principalmente respecto de inmuebles, en donde no se discute el derecho de propiedad, sino que más bien se trata de problemas asociados a la calidad de propietario, normalmente entre vecinos, donde una de las partes aplica vías de hecho para resolver el conflicto. También se le ha usado profusamente para impugnar sanciones, generalmente pecuniarias, impuestas por los órganos administrativos en uso de sus facultades sancionadoras.

Una prueba fehaciente de este éxito en términos cuantitativos lo aportan Kazor y Rojas<sup>286</sup>. Dichos autores analizan todas las sentencias pronunciadas por la Corte de Apelaciones de Santiago en el periodo 2001 – 2005, y no obstante sólo recogen datos en uno solo de los 17 territorios jurisdiccionales del país, llegan a resultados bastante contundentes. En primer lugar, del total de procedimientos existentes en el ordenamiento jurídico chileno, el recurso de protección acapara un porcentaje de aproximadamente un 19% de utilización, es decir, un altísimo nivel de uso.

No obstante los efectos positivos, no todo es miel sobre hojuelas en estos 30 años, y más bien sumando y restando, los resultados dejan un sabor amargo en la boca. Al estudiar el estado de la cuestión hay tres hechos notables que llaman poderosamente la atención: los problemas de predictibilidad de los resultados, la pobreza de la producción dogmática en materia de derechos fundamentales y la baja densidad constitucional existente en las sentencias de protección.

Con respecto a lo primero, la característica más notoria de la jurisprudencia de protección ha sido más bien la aleatoriedad, lo que trae causa en el radical casuismo en que incurren las sentencias.

---

<sup>286</sup> Véase Kazor, C. y Rojas C., “las deficiencias estructurales y prácticas de la acción de protección”, en *Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)*, año 16, núm. 1 (2009), p. 188-189.

En cuanto a lo segundo, el tratamiento doctrinal que ha recibido el artículo 19 de la Constitución durante mucho tiempo ha sido sorprendentemente pobre. A pesar de que durante de las décadas de 1980 y 1990 se publican una serie de obras relativas al tema, el análisis que éstas realizan se agota en la mera revisión de las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución<sup>287</sup> y en la transcripción textual de las normas constitucionales. Esto por supuesto, contrasta con el hecho de que el recurso de protección se convierte, en términos de interposición de demandas, en el procedimiento más utilizado del ordenamiento jurídico. Con un crecimiento exponencial, el alto índice de ingresos incluso llegó a ocasionar problemas para el funcionamiento del aparato jurisdiccional del Estado. En la misma medida que las Cortes de Apelaciones resolvían un número mayor de recursos de protección, su función natural, que es servir de tribunales de alzada respecto de los asuntos que le sean sometidos vía recurso de apelación, iba quedando preterida, todo ello con graves consecuencias para la eficacia en la administración de justicia. Por último, la baja densidad constitucional de las sentencias ha sido otro de los obstáculos que han impedido la consolidación de una jurisprudencia consistente en materia de derechos fundamentales.

A continuación dedicaremos algunas palabras para examinar con mayor detalle cada una de estas dificultades, para luego acabar haciendo una valoración general de los beneficios y desventajas del recurso de protección.

---

<sup>287</sup> Sin perjuicio de las dificultades que puede tener un enfoque originalista de la interpretación de la Constitución, el problema en la doctrina chilena es la especie de pleitesía que ha rendido a las actas de la CENC. Esto supone un problema incluso dentro de la misma teoría originalista, pues se olvida que dicha comisión solamente representó un primer paso en la elaboración de la Constitución. Así las cosas, el trabajo realizado por la CENC posteriormente fue revisado por el Consejo de Estado, órgano asesor de la dictadura y posteriormente por la misma junta militar, por lo que muchas veces lo deliberado en ella no se ajusta con el texto definitivo de la Constitución.

### 3.5.7.1 Aleatoriedad de la jurisprudencia

Como señalábamos anteriormente, han existido determinadas áreas del ordenamiento jurídico que han recibido un gran impulso a través de la jurisprudencia emanada de los procesos de protección. Pero a la vez en estos treinta años de jurisprudencia, también podemos encontrar episodios tristemente célebres que rayan en lo tragicómico. Tal vez el caso más recordado es el de la censura del libro “Impunidad Diplomática”. En dicha sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, luego confirmada por la Corte Suprema, el considerando 8º ha pasado a la historia por su extraña forma de resolver un conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor, al señalar que el derecho al honor siempre debe preferir a la libertad de información, pues el primero se encuentra ubicado ocho números antes en la lista del artículo 19 de la Constitución<sup>288</sup>. En realidad, la parte trágica de la historia es que con esta prosaica argumentación, se dispuso la prohibición internar en Chile y la consiguiente requisición de los ejemplares disponibles en las librerías chilenas del libro “Impunidad Diplomática” (el libro había sido publicado en Argentina por Editorial Planeta), que contenía una investigación periodística que tenía por finalidad informar sobre hechos de relevancia pública, algunos de los cuales eran constitutivos de delito, relativos a personalidades del mundo de la política y los negocios<sup>289</sup>.

---

<sup>288</sup> La sentencia de la Corte Suprema es de fecha 15 de junio de 1993 y en el fundamento jurídico número octavo en su parte pertinente expresa:

“Nadie discute que el constituyente siguió, aunque no lo diga expresamente, un orden de prelación en las garantías y derechos que consagra el artículo 19. Desde luego, la ordenación en que aborda tales derechos y garantías no es arbitraria, como lo prueba la sucesión descendente de su importancia. Así, se comienza con la vida y la integridad personal, luego la igualdad ante la ley, después la igual protección ante la ley y en seguida, en el número 4 la honra, en circunstancia que la libertad de información está contemplada en el número 12.”

<sup>289</sup> El libro escrito por el Periodista Francisco Martorell, en concreto, contiene una investigación periodística acerca de determinadas actividades delictuales realizadas en Santiago por parte del embajador argentino en Chile: Oscar Spinoza Melo, que según la publicación organizaba fiestas con prostitutas a las que asistían personalidades de la vida política y social chilena. En el libro, Martorell afirma que Espinoza luego extorsionaba a algunos de sus invitados para obtener favores de carácter personal, lo que acredita incluyendo en él copias de las cartas extorsivas.



Otra sentencia sumamente recordada por idénticos motivos, es la del denominado caso “La Última Tentación de Cristo”, que significó a Chile una condena ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por violación del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos. La sentencia dispone la prohibición de la exhibición en las salas de cine nacionales del film del director estadounidense Martin Scorsese: “La Última Tentación de Cristo”<sup>290</sup>. En los hechos, un grupo de abogados católicos recurren por sí mismos, y además “por y a nombre de Nuestro Señor Jesucristo”, alegando que dicha película lesionaba gravemente el honor de todos los recurridos, entre ellos por cierto el del mismo “Señor Jesucristo”, y es justamente esta última razón que el tribunal considera particularmente relevante para estimar el recurso y prohibir la exhibición de la película.<sup>291</sup>

Lógicamente, los ejemplos tratan sobre dos casos que han alcanzado notoriedad pública debido justamente a sus descerebrados esquemas de argumentación para justificar el fallo, y por tanto, sería tremendamente injusto decir que es posible encontrarse con situaciones como éstas todos los días. Pero la verdad que en estos treinta años, el peligro de toparnos con una sentencia de estas características sigue latente. Sin perjuicio de lo anterior, no deja de ser grave el hecho de que salvo en algunas pocas materias, es sumamente difícil encontrar líneas jurisprudenciales claras en las sentencias de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema. En este contexto, ¿de qué depende que al interponer un recurso de protección nos toque o no una sentencia suficientemente motivada? Pues aparentemente de la suerte. Así lo denunciaba ya en el año 1997 Fernando Atria, quien se quejaba de que “cuando un recurso de protección (...) es interpuesto ante la Corte, las partes no tienen, en muchos casos, forma alguna de predecir el resultado del mismo. Una vez que éste se ha fallado, tampoco tienen posibilidades (en la

---

<sup>290</sup> En realidad el filme se encontraba censurado desde 1988 y lo que se impugna es la recalificación realizada por el Consejo de Calificación Cinematográfica, que en consecuencia autorizaba su exhibición.

<sup>291</sup> “11) Que la película cuya exhibición se ha autorizado por el acto administrativo recurrido, como bien se detalla en el fundamento 7 del fallo apelado, presenta a la figura de Jesucristo –que tan decisiva influencia ha ejercido en la historia y cultura de la humanidad– de tal modo deformada y humillada, que su honra aparece vulnerada gravemente, lo que no se logra cohonestar, por cierto, como se pretende, atribuyendo todo a una fantasía onírica.”

generalidad de los casos) de saber cuáles fueron las razones jurídicas que destruyeron los argumentos del vencido, ni cuáles aprobaron las del ganador”<sup>292</sup>. Todo esto es una prueba de que la aleatoriedad ha sido siempre, y lo sigue siendo, un problema que resulta consustancial al funcionamiento del recurso de protección.

En nuestra opinión, la principal causa de esta situación se debe a que en la práctica no existe ningún control de motivación de las sentencias: no lo establece la Constitución, tampoco lo hace el auto acordado y menos lo ha sabido generar la praxis jurisprudencial. Por el contrario, tanto las Cortes de Apelaciones como la Corte Suprema, se han sentido extremadamente libres para determinar los estándares de motivación que deben contener las sentencias o incluso para derechamente no hacerlo. Lejos de renegar de esta posición privilegiada, los Tribunales Superiores de Justicia han procurado conservar este amplísimo margen de discrecionalidad de que disponen. Resulta sorprendente cómo muchas sentencias entienden cumplido el requisito de la afectación de un derecho fundamental con sólo mencionar el artículo en el que se consagra dicho derecho en la Carta Fundamental, prescindiendo de cualquier otra referencia ulterior<sup>293</sup>.

Es difícil explicar la tolerancia que ha existido con una práctica judicial tremendamente expansiva e irrazonada. En nuestro concepto, pensamos que esta situación solamente es entendible como consecuencia de una mala praxis desarrollada en el contexto de una sociedad cuya cultura jurídica se vio oscurecida por dos decenios de régimen autoritario. A nuestro juicio, es en este punto donde las circunstancias de la especie que rodean la aparición del recurso de protección ejercen toda su influencia. Incluso tenemos la fundada sospecha de que esta maleabilidad fue perseguida desde un comienzo por los juristas que lo diseñaron.

Precisamente, muchas de las anomalías del recurso de protección, entre ellas la impredecible jurisprudencia que genera, encuentran explicación en la función política que éste desempeñó durante el régimen militar como un pieza clave en la construcción del orden

---

<sup>292</sup> Atria, F. *Los peligros de la Constitución*, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile (1997), p.90.

<sup>293</sup> Véase *infra* 3.5.7.3.

jurídico que se pretendió implementar. Aquí vale la pena recordar todo aquello que dijimos en el capítulo segundo: el proyecto fundacional de Pinochet requería un mecanismo jurídico encargado de cautelar el *statu quo*. En este sentido, la finalidad del recurso de protección fue crear una puerta de entrada siempre abierta, con conexión directa a cualquier zona del ordenamiento jurídico, so pretexto de proteger los derechos fundamentales. Para ello era necesario diseñar un instrumento que permitiera actuar rápidamente y con un alto grado de discrecionalidad, sin detenerse mucho en la discusión jurídica de fondo y centrándose más en el caso concreto. Evidentemente, la natural consecuencia de esta decisión será que el recurso de protección generará una forma de intervención judicial que se sitúa en los límites de la jurisdicción, lo que implica el ejercicio de una enorme cantidad de poder sin estar limitada por las instituciones de una democracia constitucional. En este contexto, era sumamente importante decidir quién en la práctica iba a tener a su cargo tan importante responsabilidad, y por lo mismo, no es descabellado pensar de que se trató más bien de una elección en la que los criterios políticos primaron por sobre los técnicos.

Así las cosas, es razonable pensar que el acto de entregar la competencia para conocer los recursos de protección a los Tribunales Superiores de Justicia se explica por la cercanía política que existió, primero entre éstos y la oposición al Gobierno del Presidente Allende, y luego, la obsecuencia (por no decir complicidad) que existió por parte de los mismos tribunales con la dictadura. Esta estrecha relación se encuentra suficientemente documentada en diversas fuentes oficiales. Así por ejemplo, en el discurso de inauguración del año judicial 1973, el Presidente de la Corte Suprema don Enrique Urrutia Manzano, se había manifestado abiertamente en oposición con el Gobierno del Presidente Allende y al día siguiente del golpe de Estado, el 12 de septiembre de 1973, expresaba su más pleno apoyo a los militares golpistas, mediante una declaración pública, que era refrendada por el pleno del Máximo Tribunal al día siguiente<sup>294</sup>.

---

<sup>294</sup> Dicha declaración era del siguiente tenor:

“Santiago, 13 de septiembre de 1973

La Corte Suprema constituida en Tribunal pleno (...) acordó:

Primero: Ratificar la declaración del Presidente del Tribunal dada a conocer por los medios informativos del Gobierno, y que es del tenor siguiente:

Como señala Palma, esta suerte de colaboración se manifestó en múltiples aspectos y durante prácticamente los 17 años de Gobierno Militar<sup>295</sup>. No es nuestro afán aquí juzgar la actitud del Poder Judicial en relación a las autoridades de la época. Nuestro propósito es solamente poner en evidencia por qué era tan importante encargar a la Corte Suprema el conocimiento de los recursos de protección vía apelación, y en consecuencia, concederle la última palabra en una cuestión que para el nuevo régimen era esencial en una materia tan importante como lo era la defensa de la propiedad privada y otros derechos de contenido económico. Al respecto, señala Bordalí, que era especialmente relevante “que la Corte Suprema controlara los actos de la Administración a través de un recurso ordinario como lo es la apelación y no a través de un recurso extraordinario y de derecho estricto como lo es el recurso de casación en el fondo”<sup>296</sup>. En efecto, el hecho de que la Corte Suprema hubiere conocido estos asuntos vía recurso de casación hubiere, por ejemplo, impedido que la Corte Suprema se hubiera pronunciado sobre los hechos.

De este modo, a través del recurso de protección se trató de fortalecer el papel de los Tribunales Superiores de Justicia frente a los poderes democráticos, para que cuando entrara en plena vigencia la Constitución éstos operaran como contrapeso para impedir los impulsos reformistas. Sin embargo, una revolución tan grande en nuestro derecho positivo no pudo haber tenido éxito sin la colaboración sostenida de los mismos jueces. Palomo, califica la

---

DECLARACIÓN: El Presidente de la Corte Suprema, en conocimiento del propósito del nuevo Gobierno de respetar y hacer cumplir las decisiones del Poder Judicial sin examen administrativo previo de su legalidad, como lo ordena el artículo 111 el Código Orgánico de Tribunales, manifiesta por ello su más íntima complacencia En nombre de la Administración de Justicia de Chile y espera que el Poder Judicial cumpla con su deber como lo ha hecho hasta ahora.

Segundo: Disponer que los Tribunales de Justicia de la Nación continúen cumpliendo sus labores ante la certeza de que la autoridad administrativa respectiva le prestará la garantía necesaria en el normal desempeño de sus funciones.

Transcríbese al señor Ministro de Justicia y a las Cortes de Apelaciones del país”.

<sup>295</sup> Cfr. Palma, E., “Sobre la intervención del Poder Judicial en Chile luego del 11 de septiembre de 1973”, en *Jueces para la Democracia*”, núm. 32 (1998), pp. 89-92.

<sup>296</sup> Bordalí, A., “El recurso de protección...”, Cit., p. 210.

decisión de entregar el conocimiento de los recursos de protección a los Tribunales Superiores de Justicia como “la instauración de la semilla para un activismo judicial”<sup>297</sup>. Naturalmente que esta semilla debió de ser regada y cuidada. Quienes lo hicieron fueron las mismas Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema. En este sentido, dichos jueces sintieron que desempeñaban un papel de extraordinaria importancia en la consolidación del régimen impuesto por la dictadura. Es así como una vez desterrada la amenaza del gobierno socialista, el recurso de protección pasa a ser un importante elemento configurador del nuevo orden que pretendía establecer la Constitución de 1980, y los magistrados de las Cortes de Apelaciones y Suprema, devinieron en actores centrales de éste. Para Fernando Atria, los jueces “se sintieron obligados a abjurar de su función de ‘boca de la ley’ y suscribir, al menos en procedimientos de protección, a una visión de la interpretación jurídica que la concebía como un proceso expansivo gobernado por una teoría ‘correcta’ de los derechos fundamentales, contenidos en el artículo 19 de la Constitución”<sup>298</sup>. Lo peor de todo fue que esta tarea se fue llevando a cabo con poca prolijidad y lejos de los conceptos jurídicos tradicionales. De aquí a la aleatoriedad había un trecho muy corto que recorrer.

Lo anterior explica por qué un instrumento que tiene un origen más bien modesto, esto es una solución pensada para hacer frente a un problema concreto como era la protección de la propiedad frente a una Administración hostil, haya gozado de una praxis tan expansiva, la que lejos de ser reprimida, fue tolerada y fomentada por un influyente sector de la sociedad chilena que la vio como coadyuvante a sus intereses. Así las cosas, el recurso de protección, en parte por decisión del constituyente y en parte por la misma praxis jurisprudencial, se fue configurando con una impronta elitista y autoritaria, tal como lo era el gobierno que lo concibió. Elitista en el sentido que arrancó la competencia natural del juez de primera instancia para dárselo a los Tribunales Superiores de Justicia, incluso cercenando la competencia del legislador para regular el

---

<sup>297</sup> Palomo, D., “Tribunal de protección: algunas ideas críticas a partir del modelo español”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 2 (2004), p. 116.

<sup>298</sup> Atria, F., “La hora del Derecho: los ‘derechos humanos’ entre la política y el Derecho” en *Estudios Públicos*, 91 (invierno 2003), p. 61.

procedimiento. Autoritaria, porque el diálogo procesal fue desterrado casi absolutamente de él, haciendo de las Cortes de Apelaciones un juez inquisidor con amplios poderes para llevar adelante el proceso y encontrar por sí mismo toda la verdad, con prescindencia de los que puedan señalar los intervinientes.<sup>299</sup>

Con respecto a lo primero, no sólo se otorgó a los Tribunales Superiores de Justicia la competencia de conocer de los recursos, sino que también se les atribuyó la competencia para regular el procedimiento a través de un auto acordado. De este modo, el artículo 2º inciso segundo del Acta Constitucional N° 3, señalaba expresamente que “la Corte Suprema dictará un auto acordado que regule su tramitación”. Esta clara cesión de atribuciones legislativas al Poder Judicial responde una cierta lógica, pues evidentemente durante el gobierno militar el Congreso estaba disuelto. Sin embargo, hoy en día el hecho de que la acción jurisdiccional más utilizada de todo el ordenamiento jurídico carezca de una regulación legal, y por el contrario se encuentre reglamentada por una norma destinada a la administración interna de los tribunales, es una anomalía difícilmente explicable.

En relación a lo segundo, concordamos con Bordalí al señalar que “el recurso de protección se ha ido configurando a espaldas de los conceptos básicos que conforman una teoría general del proceso, convirtiendo a los tribunales en déspotas del proceso”<sup>300</sup>. De esta manera, no es exagerado agregar que el recurso de protección se sitúa en el límite de lo jurisdiccional. Así las cosas, resulta hoy en día imprescindible una vuelta de tuerca que ponga fin a estos problemas, que más que un activo, representan un conjunto de malas prácticas que ha sido imposible de erradicar por sí solas. En este sentido, a más de treinta años de vigencia de la Constitución la deuda pendiente del legislador en esta materia es manifiesta.

---

<sup>299</sup> Cfr. Bordalí, A., “El recurso...”, *cit.*, pp. 210 -211.

<sup>300</sup> Bordalí, A., “El recurso de protección como proceso de urgencia”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31 núm. 2 (2004), p. 270.

### 3.5.7.2 Imposibilidad de generar dogmática jurídica

La aleatoriedad y falta de motivación de las sentencias pronunciadas en sede de protección ha dado lugar a otro problema, que si bien está relacionado es diferente del anterior: la imposibilidad de generar dogmática jurídica. Como decíamos anteriormente, resulta paradójico y altamente revelador, el hecho de que la profusa utilización del recurso de protección no haya sido capaz de poner sobre la mesa el debate sobre los derechos. Con excepción del derecho de propiedad, donde autores provenientes de las disciplinas de Derecho público construían novedosas teorías que desafiaban el conocimiento acumulado por más de 2000 años de civilística, en nuestro país de los derechos fundamentales poco y nada se sabía. Por ejemplo, se hablaba del derecho a la intimidad, pero nadie se preguntaba dónde estaban sus límites, o se invocaba el derecho a la vida sin siquiera preocuparse por saber qué facultades subjetivas comprendía<sup>301</sup>. En términos simples, hoy leer la declaración de derechos del artículo 19 de la Constitución a la luz de la jurisprudencia emanada del recurso de protección, sigue equivaliendo a leer el horóscopo, con fórmulas extraordinariamente ambiguas en las que cabe todo y que la vez no dicen nada y con una doctrina repleta de lugares comunes.

Esta situación ha sido insistentemente denunciada por la doctrina. A partir de los años 90 comienzan a aparecer de forma aislada algunos autores que critican la deficitaria situación en la protección de los derechos fundamentales, varios de los cuales convierten al recurso de protección en el blanco de sus críticas. Al respecto, tal vez las objeciones más duras son las que formula Fernando Atria quien reclama que: “[p]or alguna razón que sería interesante estudiar, en Chile no ha habido mayor interés dogmático en el desarrollo sistemático de una doctrina constitucional con contenidos, basada en los derechos de las personas”<sup>302</sup>. En la misma línea, Carlos Peña

---

<sup>301</sup> Por ejemplo, tomando el solo caso del derecho a la vida, un buen ejemplo de la incoherencia de su *praxis* jurisdiccional puede verse en Gómez, G., *Derechos fundamentales...*, Cit., pp. 247-312.

<sup>302</sup> Atria, F. *Los peligros*”, Cit., p. 17.

acusaba que a propósito del recurso de protección, en el país se había desarrollado una “práctica argumentativamente arcaica”<sup>303</sup>.

Lamentablemente estas críticas tienen mucho de razón y a pesar que se comenzaron a plantear hace casi 15 años, no dejan de tener vigencia hoy en día. Esto por supuesto es una prueba más de que el recurso de protección poco ha aportado al desarrollo de una dogmática de los derechos fundamentales. De esta manera, como durante un prolongado período no ha existido en nuestro ordenamiento jurídico ninguna otra forma de producirla, nos hemos ido quedando con un raquítico corpus de derechos fundamentales, formado nada más por la declaración del artículo 19 de la Constitución y mucho arbitrio judicial.

De acuerdo con lo que ya sabemos, pudiera parecer utópico esperar esta función del recurso de protección. Un instrumento que carece de una regulación legal, donde el procedimiento depende del impulso procesal del juez y sobre el que no se tiene claridad acerca de su naturaleza jurídica, difícilmente cumplirá este papel. El problema es que durante mucho tiempo no se generó ningún tipo de debate para solventar esta carencia, que es por sí sola un poderoso argumento para replantearse el modelo original de la Constitución de 1980.

### **3.5.7.3 Escasa densidad constitucional**

Además de los problemas de aleatoriedad e incapacidad de generar dogmática jurídica, existe una tercera dificultad que nos hace dudar aún más de la idoneidad del recurso de protección en su cometido de tutelar los derechos. Esta es la escasa densidad constitucional de que adolecen las sentencias de protección. Así las cosas, muchas veces en éstas es difícil encontrar razones fundadas en derechos fundamentales o en el texto de la Constitución. Otras veces es imposible, debido a su total ausencia. Por el contrario, normalmente

---

<sup>303</sup> Peña, C. “La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico interno”, en: Medina, C. y, Mera, J. *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*. Universidad Diego Portales. Serie Publicaciones Especiales. Núm. 6 (1996), p. 668.



predominan las consideraciones fundadas en argumentos de mera legalidad. Desde este punto de vista, la Constitución es poco utilizada como parámetro jurídico, y en las sentencias pronunciadas en procesos de protección, increíblemente los derechos son el gran ausente<sup>304</sup>.

Esta situación se ha demostrado con números. Quien ha estudiado con mayor detalle el tema es Gastón Gómez. Dicho autor ha examinado todas las sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago y la Corte Suprema dictadas en el año 2003. En el primer caso, de un total de 116 sentencias, sólo en 27, es decir en un 23%, se contienen motivaciones relativas a derechos fundamentales e incluso en 27 casos ni siquiera se menciona derecho fundamental alguno en la motivación de la sentencia. La situación es peor en el caso de la Corte Suprema, donde de un total de 116 sentencias nada más en 11 casos, es decir en un 9,4%, la Corte se refiere en la motivación al derecho invocado y en 33 casos guarda absoluto silencio y termina resolviendo exclusivamente en base a normas de carácter legal<sup>305</sup>.

En nuestra opinión, esta situación trae causa en el mismo diseño de los mismos requisitos de procesabilidad del recurso. Como ya sabemos, para que prospere un recurso de protección se requiere que la vulneración del derecho fundamental provenga de una acción u omisión ilegal o arbitraria. Es decir, no basta la mera vulneración (o amenaza de vulneración) del derecho sino que además ésta debe provenir de un acto u omisión que además infrinja una norma de carácter legal, o bien, que no obstante dicho acto u omisión esté de acorde con la legalidad, éste resulte arbitrario.

Resulta claro que la primera exigencia representa un contrasentido. Si exigimos que una vulneración de un derecho fundamental sea justiciable solo en la medida que el acto que la produce contravenga lo dispuesto expresamente en una ley, es porque entendemos que los derechos fundamentales son invocables ante los Tribunales de Justicia, solo en tanto son desarrollados por una ley. O sea, si para determinar la existencia de una vulneración a la Constitución, se exige que además ésta vulnere de manera adicional una ley, es

---

<sup>304</sup> Cfr. Gómez, G., *Derechos fundamentales*, Cit., pp. 58 - 59.

<sup>305</sup> Cfr. Gómez, G., *Ob. Cit.*, pp. 59-61.

evidente que la Constitución deja de ser el parámetro de enjuiciamiento y la *queastio iuris* se centra en determinar cómo la conducta examinada vulnera la legalidad. Como la Constitución deja de ser el parámetro de enjuiciamiento, no tiene mucho sentido preocuparse acerca de lo que dice la Constitución.

Por esta razón, no es extraño que en las sentencias sea más frecuente encontrar un examen de las normas legales vulneradas que de los derechos fundamentales afectados. En esto los tribunales no tienen ninguna responsabilidad, lo único que han hecho es aplicar correctamente un instrumento que funciona mayoritariamente bajo la lógica de la legalidad. En efecto, no solo será necesario realizar un examen de legalidad de la medida, sino que también estarán obligados a hacerlo. Decíamos antes cuando comentábamos la regulación constitucional del recurso de protección, que es justamente en cuestiones como éstas cuando sale a relucir su vocación de instrumento de control de la administración del Estado, que es para lo que fue creado.

Distinto es el caso de la exigencia de que la conducta vulneradora debe ser arbitraria. Desde luego éste es un requisito que generalmente en Derecho comparado se suele tener en cuenta por la jurisprudencia constitucional. Por otra parte, es bastante usual que en la mayoría de los países la manera de determinar cuándo una conducta es arbitraria, se encuentra estandarizada en un conjunto de razonamientos denominado “principio de proporcionalidad”. La utilización de este principio se encuentra ampliamente difundida en Europa, y en gran medida, representa otro de los tantos genuinos aportes alemanes al enriquecimiento de la cultura jurídica occidental. *Grosso modo*, responde a la idea de que solo un fin legítimo puede justificar una limitación de un derecho fundamental. Como afirma Grimm, el principio de proporcionalidad parte de la base de que un derecho fundamental no puede ser limitado por los poderes públicos, sino en la medida de que esta limitación es absolutamente necesaria en orden a proteger otros intereses públicos<sup>306</sup>. Ha sido la misma jurisprudencia, la que ha precisado sistemáticamente cuándo un fin es legítimo y cuando la conducta

---

<sup>306</sup> Grimm, D., “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence, *University of Toronto Law Journal*, vol. 57, núm. 2 (2007), pp. 384-386.

limitadora está justificada, desarrollando un esquema argumentativo que se funda sobre la base de tres controles: necesidad, idoneidad y proporcionalidad en stricto sensu. Como señala Barnes,<sup>307</sup> este principio ha tenido una aceptación bastante extendida en Derecho comparado como una manera de canalizar la exigencia de “prohibición de exceso” o “interdicción de la arbitrariedad” que normalmente establecen las distintas Constituciones; aunque en la jurisprudencia citada por este autor no sólo se incluyen sentencias de los más diversos tribunales europeos, sino también de Tribunales supranacionales o internacionales, e incluso del mismo Tribunal Supremo de los EEUU. También es del caso destacar que este principio se expresa además en varios instrumentos internacionales, como por ejemplo, los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En el caso chileno, a pesar de que la interdicción de la arbitrariedad se encuentra expresamente establecida por la norma del artículo 20, los tribunales no han sabido desarrollar esta exigencia. Lamentablemente en Chile, a la hora de explicar por qué una conducta es arbitraria, la jurisprudencia tiende a reiterar el lugar común de que arbitrario significa “contrario a la razón”, pero sin un mayor desarrollo. De este modo, se ha desaprovechado un elemento que podría servir de mucha utilidad para mejorar en un ámbito tan importante como la motivación de las sentencias y para reforzar la presencia de la Constitución en las sentencias de protección.

### **3.5.8 ¿Se debe seguir insistiendo con el recurso de protección?**

En virtud de todo lo dicho, no cabe ninguna duda de que el actual diseño del recurso de protección debe ser modificado. Es evidente que con la configuración actual que posee, no resulta un instrumento idóneo para tutelar de manera general y casi exclusiva los derechos fundamentales. En cualquier caso, la configuración actual del recurso de protección, pero por sobre todo la posición que

---

<sup>307</sup> Cfr. Barnes, J., “Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario” en *Revista de Administración Pública*, núm. 135 (1994), pp. 498-499.

ocupa en el elenco de garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales, es difícilmente justificable y hoy en día se ha convertido en nuestra opinión en un pesado impedimento para la consolidación de un Estado Constitucional de Derecho en sentido pleno.

En cierta medida, la solución pasa más o menos por ir dando respuesta a cada uno de los interrogantes que se han ido formulando en estas páginas. Se debe destacar que en estos momentos se debate en el Congreso un proyecto de ley que busca dotar de regulación legal al recurso de protección y a las demás acciones constitucionales<sup>308</sup>. Esto permitiría solucionar el problema de la escasa ortodoxia de la fuente de regulación. Lamentablemente, el proyecto no aborda varias de las cuestiones que hemos descrito como problemáticas. No obstante, aún nada está dicho. El proyecto original data del año 2001, aún no ha acabado la tramitación constitucional en la Cámara de origen y últimamente no registra actividad en los últimos tres años.

Pero por otra parte, el recurso de protección también ha impedido el desarrollo de vías alternativas para la tutela jurisdiccional de los derechos, sobre todo la del juez ordinario a través de los procedimientos ordinarios, dividiéndose de esta manera el ordenamiento jurídico en dos mitades que se encuentran inexorablemente separadas: por una parte, el ámbito de los derechos fundamentales, custodiado por el recurso de protección, por otra, el ámbito de la legalidad ordinaria, protegido por los procedimientos ordinarios. De esta manera, se ha entendido que los derechos que no son enumerados en el artículo 20 carecen de eficacia jurídica directa. Sin embargo, este problema no sólo afecta a los derechos sociales, sino también a los derechos políticos, e incluso a varios derechos civiles de corte clásico. Caso paradigmático es el derecho al debido proceso, que como vimos anteriormente no se encuentra cubierto en su integridad por el artículo 20 de la Constitución. Al respecto, Julián López destaca cómo en Chile esta cláusula ha sido incapaz para dar cumplimiento a una de las funciones más

---

<sup>308</sup> Boletín 2809-07.

importantes que posee en Derecho comparado: la generación de reglas de persecución penal.<sup>309</sup>

La disociación entre tribunales que conocen de lo legal y otras que conocen de los derechos fundamentales ha impedido sumar nuevos actores al sistema de protección de los derechos fundamentales. En efecto, cada vez que se ha querido dotar al juez ordinario de competencia en materia de derechos fundamentales se ha legislado expresamente, creando y regulando una acción específica. Tal ha sido el caso de la acción de *habeas data*, la acción de tutela de derechos fundamentales en materia laboral, la nueva jurisdicción tributaria e incluso el Código Procesal Penal de 2000 se inserta en esta misma lógica. No obstante, este proceso no ha estado exento de dificultades, por una parte el legislador no ha sido todo lo diligente que se hubiera esperado y por otra, no siempre los productos normativos que han surgido de su seno han respondido a una concepción razonada acerca de cuál debe ser la mejor manera de tutelar los derechos fundamentales. Desde este punto de vista, es innegable que hoy en Chile existe una atrofia normativa general de desarrollo y un subdesarrollo evidente de esta rama del ordenamiento jurídico.<sup>310</sup>

Este panorama ha propiciado que algunos autores hayan sugerido recientemente urgentes reformas para mejorar el estándar de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales. Por ejemplo Gómez ha planteado que el recurso de protección se debería concentrar en la cautela de derechos subjetivos individuales frente a muy determinadas y evidentes acciones lesivas<sup>311</sup> En este mismo sentido se manifiesta Palomo, cuando señala que el verdadero problema del sistema chileno en su concepción original, es que se trata de un

---

<sup>309</sup> Cfr. López, J., “Debido proceso en Chile: hacia un principio generador de reglas” en Bordalí, A., (coord.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Lexis Nexis – Universidad Austral de Chile, Santiago de Chile (2007), pp. 189 - 195.

<sup>310</sup> Sin perjuicio de que se ha discutido específicamente el concreto lugar que tendría dentro de la jerarquía de normas, es innegable que en Chile, a partir de la reforma constitucional de 1989 el artículo 5 inciso segundo de la Constitución incorpora el derecho internacional de los derechos humanos al ordenamiento interno.

<sup>311</sup> Gómez, G., *El recurso...*, p. 81.

diseño que plantea el recurso de protección como el principal mecanismo de tutela judicial<sup>312</sup>.

Nosotros, en términos generales suscribimos estas ideas. Tal vez introduciendo las correcciones adecuadas, la figura del recurso de protección puede prestar alguna utilidad a la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales. Eso sí, en ningún caso, puede seguir desempeñando el papel que ha jugado en estos treinta años. En consecuencia, se requiere una urgente racionalización del sistema, que implica: solventar todos los problemas de diseño, amoldarlo a las tradicionales categorías del Derecho procesal y redefinir su posición dentro del sistema de garantías a una figura más bien excepcional para hacer frente a vulneraciones urgentes.

## **3.6 El recurso de amparo económico**

### **3.6.1 Origen**

Finalmente, el último de los mecanismos que lleva el sello del Constituyente de 1980 es el recurso de amparo económico, a pesar de que no figura expresamente en el texto de la Constitución. Este se establece en virtud de la Ley N° 18.971 con la finalidad de proteger el artículo 19 N° 21 de la Constitución, es decir el derecho a la libre iniciativa económica. Hemos optado por comentarlo en esta sección, porque en gran comparte muchas de las características con los recursos de amparo y protección. Además las circunstancias históricas de su aparición también así lo aconsejan.

Para entender mejor de qué se trata, es necesario recordar el contexto en que se surge este procedimiento y la importancia que tenían para el constituyente las materias económicas y cómo esta visión economicista influye sobre el contenido y garantía de los derechos. En este sentido, el derecho a la libre iniciativa económica representa una de las normas básicas del modelo económico que se implantó a partir de la misma Constitución. Por lo mismo, como

---

<sup>312</sup> Palomo, D., “Recurso de protección en Chile...”, Cit., p. 385.

vimos en el capítulo segundo, este derecho conjuntamente con el resto de libertades con contenido económico directo, recibieron una atención preferente por parte del constituyente. Como vimos, en gran medida la razón de ser del recurso de protección encuentra sentido en la tutela de intereses económicos. No obstante, la junta de gobierno estimó necesario blindar aún más este derecho. He aquí la razón de ser del recurso de amparo económico.

En los últimos días del régimen militar la junta de gobierno comenzó a dictar una serie de normas en algunas materias que consideraba importantes, y que por tanto era necesario atrincherar frente al nuevo gobierno democrático que se avecinaba. Una de estas materias era la participación del Estado en actividades productivas. En este contexto, la Ley N° 18.971 publicada el día 10 de marzo de 1990, es decir el último día del gobierno de Pinochet, estableció una garantía jurisdiccional adicional, sin perjuicio del recurso de protección, para tutelar el derecho consagrado en el artículo 19 N° 21 de la Constitución, que se denominó recurso de amparo económico.

### **3.6.2 Algunas cuestiones procesales**

Como ya señalamos, el recurso de amparo económico en la Ley N° 18.971 (que en realidad es un decreto ley). Esta es una ley que no se destaca precisamente por su técnica legislativa: en primer lugar, nada más cuenta con un solo artículo, pero lo que es peor aún, es que la mencionada norma deja insolutas varias cuestiones de especial trascendencia. Nosotros solo comentaremos algunos aspectos del recurso de amparo económico siguiendo el mismo esquema que hemos utilizado anteriormente para los demás procedimientos.

### **3.6.3 Legitimación activa**

Se establece una acción popular para denunciar las infracciones a las que la ley se refiere. El inciso primero del artículo único de la

ley dispone que “cualquier persona podrá denunciar las infracciones al artículo 19 N° 21 de la Constitución”. Además se establece que el actor no necesitará tener interés actual en los hechos denunciados.

En principio la norma parece clara, y en este sentido, el amparo económico se asemeja bastante a un mecanismo de control objetivo de constitucionalidad. No obstante, como pone de manifiesto Gómez, la jurisprudencia ha distinguido la legitimación activa del objeto de la acción. De esta manera, “la Corte va a señalar que la acción puede ser pública, pero ello no implica que no deba haber un interés afectado”<sup>313</sup>. La verdad es que esta solución tampoco parece muy razonable, pues parece contrariar abiertamente el texto de la ley. En aras de una mejor claridad explicativa, dejaremos la solución del problema para más adelante. Luego veremos que el recurso de amparo económico es una es una figura compleja que tiene por finalidad proteger bienes jurídicos de naturaleza bien distinta y eso provoca una serie de confusiones dogmáticas en los operadores jurídicos. Una de ellas, aunque no la más grave, es justamente el tema de la legitimación activa.

### **3.6.4 Interposición de la demanda**

El plazo para interponer la acción de amparo económico es de seis meses contados desde que se comete la infracción. En cuanto a los requisitos de interposición de la demanda, la ley señala que ésta se interpondrá sin más formalidad ni procedimiento que el establecido para el recurso de amparo. Esto significa, que incluso la acción puede ser interpuesta verbalmente en la secretaría del tribunal. En este sentido, el amparo económico cuenta con todas las ventajas procesales de un instrumento excepcional y privilegiado como son la sumariedad y la preferencia. Este punto ha sido duramente criticado por Bordalí, quien la considera “desafortunada”, señalando que en consideración al bien jurídico protegido, no se justifica la

---

<sup>313</sup> Cfr. Gómez, G., “Notas sobre el recurso de amparo económico. La jurisprudencia y la fisonomía de la acción 2001-2006”, en AAVV, *Temas actuales de Derecho Constitucional. Libro homenaje al profesor Mario verdugo Marinkovic*, Editorial Jurídica de Chile – Asociación chilena de Derecho Constitucional, Santiago (2009), pp. 99.



utilización de un procedimiento tan excepcional, que una vez más, replica la estructura del *habeas corpus*<sup>314</sup>.

### 3.6.5 Tribunal competente

Señala el artículo único de la Ley N° 18.971 que éste es “la Corte de Apelaciones respectiva, la que conocerá de ella en primera instancia”. La sentencia será apelable ante la Corte Suprema, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia. No obstante hay que destacar, que si la sentencia no es apelada la sentencia debe ser consultada, pues se entiende que está en juego un interés público de suma importancia<sup>315</sup>

### 3.6.6 Estructura del procedimiento

El modelo procesal establecido para esta acción tiene bastante similitud con el del recurso de protección. Es decir, la ley N° 18.971 regula el procedimiento de una manera muy precaria, lo que significa conceder al tribunal que conoce del recurso amplias facultades discrecionales para disponer su substanciación. Es así como la parte final del inciso tercero del mencionado artículo único, dispone que “deducida la acción, el tribunal deberá investigar la infracción denunciada y dar curso progresivo a los autos hasta el fallo respectivo”. Tal como sucede en el recurso de protección aquí también existe consenso de que el principal, y tal vez único, principio formativo del procedimiento es el principio inquisitivo<sup>316</sup>.

---

<sup>314</sup> Cfr. Bordalí, A., *Temas de Derecho procesal constitucional*, Editorial Fallos del Mes, Santiago (2002), p 219.

<sup>315</sup> En el Derecho chileno, la consulta es un trámite obligatorio dispuesto por la ley en determinados tipos de procesos en que se considera que hay un interés público que trasciende a las partes, en virtud del cual el tribunal de primera instancia una sentencia está obligado a elevarlo los autos para que la revise un tribunal superior, aunque la causa no haya sido apelada.

<sup>316</sup> Cfr. Navarro, E., “El recurso de amparo económico. Notas sobre 25 años de jurisprudencia”, en *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, núm. 5 (2005), p.22.

### **3.6.7 Función dentro del sistema de garantías jurisdiccionales**

La primera cuestión que llama la atención de este mecanismo es el objeto garantizado. Causa perplejidad, a pesar de todo lo que ya hemos dicho sobre la visión del constituyente respecto de los derechos fundamentales, que la libertad de empresa sea el único derecho que cuenta con dos acciones extraordinarias para su tutela. No nos olvidemos que ya el artículo 20 de la Constitución hacía procedente el recurso de protección para la defensa de este derecho. Sin embargo, lo que es verdaderamente difícil de entender es el hecho de que se trata de dos procedimientos que aparentemente cumplen la misma función, y a primera vista, el amparo económico parece una reiteración inútil del recurso de protección, aunque con un plazo más extenso para interponer la demanda. Esto ha planteado naturales dudas entre los autores, en orden a entender el verdadero lugar de esta acción en el esquema de acciones concebidas para la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales.

Una respuesta razonable al problema es la que formula Bordalí. Para este autor, no resulta lógico que el legislador haya establecido dos mecanismos de tutela privilegiada que cumplan la misma función para proteger el mismo derecho fundamental<sup>317</sup>. Por lo tanto, para él la única respuesta posible es concebir el amparo económico como un mecanismo objetivo, destinado a proteger únicamente el inciso segundo del artículo 19 N° 21 de la Constitución. Para entender la solución que plantea Bordalí, es necesario poner de manifiesto la diferencia existente entre los incisos primero y segundo del artículo 19 N° 21 de la Constitución. En efecto, como ya sabemos, está fuera de toda duda que en el inciso primero se consagra un derecho público subjetivo: el derecho a desarrollar la libre iniciativa económica. Por el contrario, el segundo inciso difícilmente podría ser calificado como tal. En efecto, no está de más recordar que dicho precepto lo que hace es establecer los requisitos para que el Estado o sus organismos puedan desarrollar actividades empresariales. En nuestra opinión,

---

<sup>317</sup> Cfr. Bordalí, A., *Temas...*, Cit., p 223.

más que un derecho fundamental en sentido subjetivo, lo que hace dicho inciso segundo es consagrar una norma de derecho objetivo. Por lo tanto, la propuesta de Bordalí dice relación con que la finalidad que persigue el recurso de amparo económico, es exclusivamente la tutela del orden económico diseñado constitucionalmente, que se basa principalmente en el principio de la libre iniciativa privada y el rol subsidiario del Estado en materia económica<sup>318</sup>.

Se debe reconocer que la cuestión es polémica. Enrique Navarro, coincide en líneas generales con este argumento, al opinar que en este caso parece lógico que el bien jurídico protegido por esta acción es el orden público económico<sup>319</sup>, pero luego al analizar la jurisprudencia deja en claro que si bien la doctrina de los tribunales ha sido oscilante, actualmente la jurisprudencia mayoritaria parece entender que el recurso de amparo procede respecto de ambos incisos del artículo 19 N° 21 de la Constitución, aunque reconoce que la tesis de la garantía objetiva, que además fue la tesis predominante en los primeros años, es la que mejor se aviene con el origen de la norma la Ley N° 18.971<sup>320</sup>. De esta manera, se suele afirmar por los autores que esta discusión se encuentra resuelta en sede jurisprudencial, pero se suele olvidar que la solución que ha dado la jurisprudencia representa un problema técnico bastante serio.

A mayor abundamiento, Ruiz-Tagle pone de manifiesto que el artículo 19 N° 21 contiene una estructura compleja que no puede ser analizada parcialmente, ni interpretada únicamente como si fuera únicamente un negativo o de abstención. Así las cosas, utilizando la nomenclatura desarrollada por Jellinek, Ruiz-Tagle señala que dicha norma contiene en su inciso primero un derecho de estatus negativo, pues en la citada disposición se contiene un derecho de defensa contra cualquier conducta que represente un obstáculo a desarrollar las actividades que forman parte del contenido de dicho derecho. Pero a la vez en el mismo artículo, también es posible reconocer aquí un derecho de estatus activo, que permite una

---

<sup>318</sup> *Ibíd.*

<sup>319</sup> Navarro, E., “El recurso de amparo económico y su práctica jurisprudencial”, en *Estudios Constitucionales*, año 5, núm.2 (2007), p. 101.

<sup>320</sup> Navarro, E., *Ob. Cit.*, p. 104.

participación en la esfera económica por parte del Estado y por los particulares en igualdad de condiciones. A su vez, en el inciso segundo lo que se establecen son requisitos para que el Estado pueda participar en la actividad económica, lo que supone una regulación de tipo objetivo<sup>321</sup>. La importancia que tendrá esta distinción es que esta estructura compleja supondrá que dicho artículo tutelaré bienes jurídicos, que si bien están relacionados, poseen características distintas y por tanto necesitarán de diversos mecanismos de protección. Los tribunales al equiparar el inciso primero con el inciso segundo del artículo 19 N° 21, han soslayado esta importante distinción con la terrible consecuencia de pérdida de coherencia, no sólo de la comentada garantía, sino también del mismo objeto garantizado.

De esta manera, los tribunales han hecho del recurso de amparo económico un “monstruo de dos cabezas”, que a pesar de que las consecuencias que esta práctica puede ocasionar se minimizan debido a la relativa escasa utilización de este procedimiento (en veinte años se han dictado alrededor de 200 sentencias), reflejan igualmente una mala praxis en materia de derechos fundamentales que a estas alturas no deja de sorprender. Esto explica por ejemplo, las confusiones relativas a la legitimación activa, donde la norma claramente establece que se trata de una acción popular y que no sería necesario un interés para interponer la acción, pero cuando la acción se interpone para tutelar un interés de un particular, no queda otra opción que realizar una interpretación contraria al texto de la ley.

Por esta razón, la tesis de la naturaleza objetiva del amparo económico tiene mucho sentido. Claramente, la acción tiene por finalidad el cumplimiento de una norma que delimita competencias y establece requisitos para que el Estado pueda desarrollar actividades productivas. Desde este punto de vista, el bien jurídico protegido sería el conjunto de normas y principios que los autores denominan “orden público económico”, al menos en lo que dice relación con la regulación del Estado empresario. Solamente en este contexto encuentran explicación las normas sobre legitimación activa y las que establecen que la sentencia debe ser consultada. De

---

<sup>321</sup>Cfr. Ruiz –Tagle, P., “Orden público económico, subsidiariedad y la alternativa democrática”, en Cristi, R., y Ruiz-Tagle, P., Cit. p. 324.

todas formas, a la luz de estas reflexiones resultan absolutamente justificadas las críticas en relación a la improcedencia de un mecanismo como el amparo económico para proteger un interés de esta naturaleza, tanto porque muchas de estas cuestiones requieren de un análisis de fondo mucho más detenido que el que puede proporcionar este procedimiento, como también por la impertinencia de situar una norma como ésta dentro del elenco de garantías de los derechos fundamentales.

### **3.7 A modo de conclusión: valoración general de los procedimientos que establece la Constitución para la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales.**

Del examen que hemos realizado en este capítulo, se puede concluir que el modelo de tutela jurisdiccional que presenta la Constitución de 1980 está estrechamente relacionado con la concepción política de los derechos fundamentales que posee el constituyente originario. En este sentido, existe una coherencia entre los intereses que éste estima de mayor importancia y el nivel de protección de que gozan algunos derechos. También es interesante destacar que las mismas condiciones del proceso constituyente terminan claramente contaminando la manera cómo se organiza el ejercicio de la actividad jurisdiccional protectora de derechos. De esta manera, resulta que el modelo propuesto por la Constitución chilena es justamente la antítesis de la idea de sistema de garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales que hemos descrito en el capítulo primero. Las conclusiones de este capítulo se pueden subsumir en el hecho de que todos los procedimientos analizados comparten los siguientes rasgos:

### 3.7.1 Desformalización

En todos los casos estudiados, la principal característica desde el punto de vista procesal es la precariedad. Todos los procedimientos antes estudiados presentan una etapa de discusión y prueba bastante abreviada donde el principio de bilateralidad de la audiencia se encuentra prácticamente ausente. Al respecto, qué duda cabe, que ha sido el recurso de protección el mecanismo que ha concitado la atracción de todo el medio jurídico nacional y el mayor debate se ha suscitado en relación éste. Pero no hay que olvidar, que los demás mecanismos replican el mismo modelo de procedimiento *inaudita parte*, donde el juez puede tomar la decisión sin siquiera escuchar a los intervinientes, generalizando de esta manera la idea de la cognición limitada como un elemento consustancial de la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales en la Constitución chilena.

Como vimos, suele señalar la doctrina que la fuente de inspiración que ha utilizado el constituyente para el diseño de todos estos procedimientos es el *habeas corpus*, pasando por alto el hecho de que el *habeas corpus* cumple, o al menos debería cumplir, una función bastante específica en el esquema de garantías que hacen absolutamente desaconsejable su aplicación a cuestiones que deben ser objeto de un juicio de lato conocimiento. Como no es muy difícil de comprobar en la práctica, muchas de las cuestiones que se pueden suscitar con ocasión de los procedimientos estudiados requieren un examen más detenido, con las correspondientes etapas procesales de discusión y prueba y con un esquema argumentativo informado por el principio de bilateralidad de la audiencia.

La situación antes descrita, se hace más grave debido a que no existen en el elenco de garantías que contempla el texto constitucional ninguna otra alternativa que represente un procedimiento que pueda cumplir el rol de proceso de lato conocimiento. Esto constituye, desde luego, un incentivo perverso para la tutela efectiva de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico chileno que requiere de urgente solución y en tal sentido se deben explorar caminos de diversificación de los mecanismos de garantía, de modo de poder dar respuesta a las distintas necesidades que requiere la protección de los derechos.

### **3.7.2 Discrecionalidad**

Relacionado con lo anterior, pero a la vez un problema con entidad propia es el hecho de que los recursos de protección, amparo y amparo económico, conjuntamente con los de la reclamación por pérdida de la nacionalidad e indemnización por error judicial representan una idea de la tutela judicial con un nivel de respeto muy bajo por la motivación de las sentencias. Este es un problema que se observa desde las mismas fuentes normativas, pues en ninguna de ellas existe la obligación de motivar, y que lamentablemente tampoco la praxis jurisdiccional ha sabido solventar. De esta manera, en cada uno de los casos estudiados, se concede a los tribunales un enorme poder a la hora de determinar el curso y el resultado del proceso. El juez posee amplios poderes para obtener la verdad procesal, para disponer la realización de diligencias probatorias o adoptar medidas de urgencias con el objeto de disponer medidas cautelares que protejan los derechos del recurrente. Todo esto sin el más mínimo concurso de las partes, si es que así se puede denominar a los intervinientes en dichos procedimientos.

Todo esto se sitúa en las antípodas que nuestra propuesta que considera al proceso como una forma de participación en la labor de dotar de contenido a las cláusulas generales de la declaración de derechos. Esto ciertamente tiene que ver en gran medida con la concepción autoritaria que informa el texto constitucional, que es incapaz de concebir al proceso como una garantía en sí misma de los derechos fundamentales, en la medida que es la estructura epistemológica que garantiza en mayor medida la formación de la decisión jurisdiccional de la manera más razonada posible. Sin lugar a dudas esta situación constituye hoy por hoy, uno de los principales frenos al desarrollo de una dogmática de los derechos fundamentales y es en gran parte causa de la falta de predictibilidad de que ha padecido la jurisprudencia en esta materia.

### **3.7.3 Escasa ortodoxia en las fuentes de regulación**

El desprecio por la autonomía del cuerpo político también se traduce en escaso respeto por el legislador y sus competencias. Si existe una materia que por antonomasia corresponde a la legislación, esta es el desarrollo de los derechos fundamentales. En Chile resulta increíble que hasta estas alturas ninguno de los procedimientos que establece el constituyente de 1980 para la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales (salvo el amparo económico, aunque en realidad es una excepción solamente desde el punto de vista formal) se encuentre regulado en una norma de rango legal. Sin embargo, lo que es más terrible es que parte importante del medio jurídico haya tolerado esta situación. Ya hemos comentado cómo el Constituyente fomentó la práctica de que los mismos tribunales, por la vía del Auto Acordado fueran estableciendo las normas procesales que regulan dichas acciones constitucionales con todas las consecuencias que ello implica, es decir: precariedad, discrecionalidad, ausencia de control constitucional y falta de legitimidad democrática.

Una cuestión que resulta interesante analizar, está dada por el hecho de que a partir de la reforma constitucional de 2005, se contempla en el artículo 93 N° 2 dentro de las atribuciones del Tribunal Constitucional la de: “Resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones”. Así las cosas, esta podría ser una interesante vía para explorar en el sentido de poder dar un impulso a la depuración del ordenamiento jurídico en el sentido de contar con una regulación de dichos procedimientos por una norma con rango de ley. Profundizaremos en esta cuestión al estudiar las atribuciones del Tribunal Constitucional luego de dicha reforma y su incidencia en la tutela de los derechos.

Sin perjuicio de lo anterior, hay además otro factor que no se puede pasar por alto. Actualmente, en el Congreso Nacional se encuentra tramitando un proyecto de ley que precisamente trata de solventar este problema. No obstante, éste lleva nueve años en el Parlamento y actualmente no registra actividad desde noviembre del año 2008. Este hecho refleja que las responsabilidades, en gran parte son



compartidas, y el legislador democrático ha tenido mucho que ver con que esta situación se haya mantenido ya durante treinta años.

En cierto modo, también esta desidia es consecuencia de los mismos frenos democráticos que contempla la Carta de 1980 y que limitan considerablemente el ámbito de acción del legislador. Como explicábamos antes, si bien buena parte de estos enclaves autoritarios han desaparecido con la reforma de 2005, el sistema constitucional chileno aún no se libra de la totalidad de ellos. Solucionar este problema representa uno de las tareas más inmediatas para seguir avanzando en la consolidación de un Estado constitucional en el sentido pleno.

### **3.7.4 Desconfianza en los jueces de la instancia y predilección por los Tribunales Superiores de Justicia**

Otro punto que llama poderosamente la atención es la desconfianza que existe en el constituyente de 1980 hacia los jueces de la instancia. Como hemos constatado a lo largo de estas páginas, resulta obvio que la decisión de alterar la estructura orgánica de la administración de justicia en Chile, subvirtiendo el principio de la proximidad del tribunal, para entregar el conocimiento de estos asuntos a los Tribunales Superiores de Justicia, responde a una decisión netamente política. En cierta medida, la desconfianza se explica en la actuación de parte del Poder Judicial durante el Gobierno de la Unidad Popular, donde la politización y por sobre todo la polarización impregnó a todos los sectores de la sociedad. Los Tribunales de Justicia no fueron la excepción, y fue en los Juzgados de Letras donde el Gobierno del Presidente Allende tuvo más acogida cuando se debatió si algunas de sus medidas para llevar a cabo su programa de gobierno se ajustaban o no a Derecho. *A contrario sensu*, fue la Corte Suprema uno de los órganos que ejerció una oposición más férrea al Gobierno de la época, llegando en algunos momentos a producirse un enfrentamiento abierto entre

personeros y parlamentarios oficialistas y miembros de dicho tribunal<sup>322</sup>.

De cualquier modo, el problema no es solo de naturaleza orgánica y en el fondo tiene que ver con la manera cómo las Cortes de Apelación y la Corte Suprema conocen y fallan dichos procedimientos. En cierta medida, en esta decisión hay un profundo elitismo que tiene que ver con la utilización del Derecho y la Constitución en la defensa de intereses económicos y de principios morales que una parte de la sociedad ha buscado blindar frente a la acción de los poderes democráticos.

### **3.7.5 Tutela parcial y selectiva de derechos**

Finalmente, el modelo propuesto por la Constitución de 1980 redundante que en su seno no todos los derechos encuentran protección. Esta característica se expresa en dos ideas que concurren de manera copulativa: por una parte, las acciones de base constitucional solo aseguran determinados derechos y por otra, la separación existente entre el ámbito de la legalidad y la constitucionalidad lo que impide la tutela del juez ordinario a través de los procedimientos ordinarios.

En cuanto a lo primero, esta situación trae causa en la misma idea del constituyente de 1980 sobre la existencia de distintas categorías en materia de derechos fundamentales, lo que finalmente se expresó en la opción del constituyente de consagrar y regular ciertos derechos de manera más prolija. Esta misma decisión se reitera a la hora de diseñar mecanismos de garantía, donde como es lógico, los derechos a los cuáles el constituyente da mayor énfasis a la hora de reconocerlos serán también los que cuenten con un conjunto de garantías de mayor entidad. Al respecto, la doctrina ha señalado, que resulta patente la diferencia entre los que podríamos denominar

---

<sup>322</sup> Al respecto fueron famosas las declaraciones del Diputado Mario Palestro, quien calificó en plena sesión de la Cámara a los Magistrados de la Corte Suprema como: “viejos alcahuetes, celestinos y cabrones”. Véase al respecto: Fontaine, A. y González M., *Los mil días de Allende*, Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile (1997), p. 59.

derechos de primera y de segunda generación, siendo los primeros los derechos tradicionalmente conocidos como “derechos civiles y políticos” y los segundos, aquellos designados con el apelativo de “derechos sociales”.

Sin embargo, habría que precisar que en realidad la postura que sigue el constituyente de 1980 es aún más restrictiva. Ya hemos tenido ocasión de comprobar el menosprecio que éste tiene por los derechos políticos, el que también se plasma a la hora de garantizarlos. Ahora bien, si nos quedamos sólo con el primer grupo, es decir con el de los derechos civiles<sup>323</sup>, la primera impresión es que la Constitución se la juega por establecer una garantía jurisdiccional al máximo nivel. Esto queda de manifiesto en que la misma Carta Fundamental consagra mecanismos de protección jurisdiccional que prometen restituir el imperio del Derecho ante cualquier acto u omisión que conculque dichos derechos fundamentales. Es más, incluso podríamos avanzar que dentro del ámbito de los derechos civiles son las libertades con contenido económico y el derecho de propiedad quienes un lugar más privilegiado aún hasta el punto de que, por ejemplo, en el caso de la libertad de iniciativa económica, se pretendió blindar a tal punto dicha disposición, a través del recurso de protección y del recurso de amparo económico, que hoy en día con la interpretación que defiende la Corte Suprema, se hace difícil encontrar sentido a este último.

Pero hay una segunda cuestión, que unida con la anterior ha determinado en gran medida la suerte de los derechos fundamentales que no se encuentran garantizados por un procedimiento *ad hoc*. Esto ha motivado, que todos aquellos derechos que no cuentan con una garantía jurisdiccional creada a tales efectos, hayan permanecido en la categoría de normas meramente programáticas. Es por ello que cada vez que se ha estimado en la comunidad jurídica nacional que un derecho merece ser garantizado se ha creado especialmente un procedimiento con esta finalidad. Esta situación ha incidido en que en el estado actual de la cuestión existen derechos fundamentales de primera y segunda

---

<sup>323</sup> Con la única excepción del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación consagrado en el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República.

categoría, los primeros garantizados expresamente por el constituyente y después por el legislador democrático y los segundos que aún permanecen en una suerte de limbo jurídico. Esto supone un entendimiento de las garantías de los derechos fundamentales como un conjunto de parcelas inconexas donde éstos son protegidos de una única manera y sin relación con el resto de normas del ordenamiento jurídico.

Por lo mismo, podía parecer lógico que una vez recobrada plenamente la democracia, sería el legislador democrático, que a través de la legislación de desarrollo procedería a implementar mejoras destinadas a superar las falencias comentadas. En el capítulo siguiente, precisamente, examinaremos el papel que ha jugado el legislador en el desarrollo del sistema de garantías jurisdiccionales de los derechos y cómo su intervención ha permitido mejorar el diseño original de la Constitución de 1980.



## **4. CAPÍTULO CUARTO: EL DESARROLLO LEGISLATIVO DE LAS GARANTÍAS JURISDICIONALES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

### **4.1 La recuperación de la democracia en Chile y la protección de los derechos fundamentales**

Una vez recobrada la democracia el legislador ha hecho bastante por los derechos fundamentales. A pesar de todas las limitaciones a las que éste ha estado circunscrito en el marco del orden institucional post Pinochet, los grandes avances en la materia se han producido a través de sendas reformas legales. Esto la verdad es que no tiene nada de novedoso, pues normalmente en situaciones de transición a la democracia luego de regímenes autoritarios, es el legislador, junto con los Tribunales de justicia, el gran actor llamado a consolidar las instituciones propias del Estado Constitucional de Derecho, entre ellas por supuesto, el desarrollo y protección de los derechos fundamentales.

En Chile si bien esta idea ha demorado en cuajar, ha terminado finalmente asentándose. De esta manera, el legislador democrático ha contribuido, primero tímidamente y luego con mayor énfasis, a incrementar y especificar las normas sobre derechos fundamentales. A estas alturas son numerosas las leyes que han ayudado a dar contenido a los derechos reconocidos en el texto constitucional. En lo que dice relación con las garantías jurisdiccionales, son los casos de las jurisdicciones penal y laboral los ejemplos más destacables que ponen de manifiesto los progresos en la materia.

En lo que sigue pasaremos revista a estas reformas. Es importante saber cómo se integran al modelo original propuesto por la Constitución y cuáles son los desafíos que ha significado su implementación. El criterio de ordenación será cronológico. Comenzaremos por la Ley N° 19.628, que desarrolla el derecho a la vida privada del artículo 19 N° 5, para luego continuar con las

dos grandes reformas procesales del último tiempo y acabar con la reciente reforma a la jurisdicción tributaria.

## 4.2 La acción de *habeas data*

### 4.2.1 Origen y finalidad

En el último tiempo prácticamente la totalidad de la doctrina suele incluir la acción de *habeas data* dentro del elenco de garantías jurisdiccionales de protección de los derechos fundamentales. En concreto, se suele decir que específicamente dicha acción se encarga de tutelar los derechos contenidos en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República, que consagra el derecho al respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia. Aunque como veremos a continuación, el alcance de esta acción es bastante más modesto.

Esta acción fue introducida por La Ley N° 19.628 sobre Protección de la Vida privada, la que como expresaba la moción presentada por el H. Senador Cantuarias, tenía por objetivo “diseñar algunos mecanismos de protección frente a las intromisiones ilegítimas de que puede ser objeto la vida privada de las personas”<sup>324</sup>. En este sentido, su propósito era desarrollar la disposición del artículo 19 N° 4 de la Constitución en lo referente a la parte que dice relación con el derecho a la intimidad.

El proyecto fue aprobado en el Senado, en términos generales con un alcance similar al que contenía la moción, y luego fue despachado luego a la Cámara de Diputados. Sin embargo en esta última, se estimó oportuno reducir el objeto del proyecto únicamente al tratamiento de datos de carácter personal, pues se consideró “que uno de los más graves atentados contra la privacidad de los sujetos deriva del uso indiscriminado de la informática y de las computadoras”<sup>325</sup>. Con este alcance el proyecto fue aprobado

---

<sup>324</sup> Mensaje del proyecto de ley, puede consultarse en <http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-numero>

<sup>325</sup> Primer Informe Comisión de Constitución Cámara de Diputados. p. 125

posteriormente en la Comisión Mixta donde primó la postura de la Cámara de Diputados. En efecto, la norma finalmente aprobada como Ley N° 19.628 contiene exclusivamente una serie de disposiciones relativas a la regulación del tratamiento de datos de carácter personal.

En este sentido, un lugar destacado en su articulado lo ocupan los derechos de los titulares de esos datos, quienes podrán exigir a quien sea responsable de un banco de datos, información respecto de qué datos relativos a su persona se almacenan en dicha base de datos, así como exigir su modificación o eliminación en determinadas circunstancias. Pues bien, justamente para asegurar el cumplimiento de estos derechos de información, modificación y eliminación de datos personales que establece la Ley N° 19. 628, se introduce en nuestro ordenamiento jurídico la acción de *habeas data*, cuya finalidad consiste en, que en caso de negativa del responsable del banco de datos a acceder a la petición, el solicitante podrá dentro de dos días hábiles recurrir al Juez de Letras en lo Civil competente, el que establecerá si proceden, las medidas necesarias para prestar protección a la petición del demandante. El procedimiento se regula en el artículo 16 del citado cuerpo legal y es similar al procedimiento sumario regulado en el artículo 680 del Código de Procedimiento Civil.

Con estos antecedentes, resulta extraño que la doctrina se incline por considerar esta acción como un procedimiento que tiene por finalidad la defensa jurisdiccional del derecho a la vida privada de las personas. Parece ser un enfoque algo confuso y tal vez sería mejor concebirla como una acción que tiene por objeto de forma exclusiva la protección de datos personales. Al respecto, no cabe duda que existen datos de carácter personal cuya difusión pueden afectar el derecho a la intimidad. De hecho la misma Ley N° 19.628 distingue entre datos sensibles y no sensibles en la letra g) de su artículo segundo. Pero también puede suceder, como bien señala Arenas, que se trate de datos de carácter público que pudieran ser maliciosamente utilizados, en la medida en que el desarrollo informático permite almacenar una gran cantidad de datos neutros, no protegidos en principio por el derecho a la intimidad, procesarlos



y deducir a partir de ellos información relativa a la vida privada de las personas<sup>326</sup>.

Esta diferencia entre el control de datos personales y el derecho a la intimidad propiamente tal resulta clara en Derecho comparado. Así por ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha definido el derecho a la intimidad como un “ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana”<sup>327</sup>. Incluso más, la evolución que ha tenido este mismo derecho en otros tribunales ha sido francamente sorprendente. En este sentido, basta citar nada más dos ejemplos: los alcances que este derecho ha tenido en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>328</sup>, y en el Tribunal Supremo de los EEUU<sup>329</sup>, donde se han reconocido en ambos casos como facultades subjetivas contenidas dentro de este derecho situaciones tan disímiles como la intimidad domiciliaria a consecuencia de olores nauseabundos o ruidos molestos, la protección de las relaciones homosexuales o incluso el derecho a abortar.

De esta manera, el derecho a la intimidad tal como ha sido concebido jurisprudencialmente en otros ordenamientos, es decir, como un conjunto de facultades subjetivas que permitirían excluir determinadas informaciones del conocimiento de terceros, parece no encajar íntegramente con los contornos de la acción chilena de *habeas data*. En efecto, ésta sólo protegería el derecho a la vida privada en un sentido más bien limitado, o lo que es lo mismo, sólo protegería aquella información que no puede ser tratada sin el consentimiento del titular. Las otras tres atribuciones que el *habeas data* confiere al titular de los datos están aún más alejadas del

---

<sup>326</sup> Cfr. Arenas, M., *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*, Tirant lo Blanch – Agencia Española de Protección de Datos, Valencia (2006), p. 34.

<sup>327</sup> Por todas STC 98/2000 de 10 de abril FJ. 5.

<sup>328</sup> Véanse al respecto los asuntos López Ostra v. España de 9 de noviembre de 1994, Hatton y otros v. Reino Unido de 02 de octubre de 2001 y Moreno Gómez v. 16 de noviembre de 2004.

<sup>329</sup> Al respecto véanse *Griswold v. Connecticut* 381 US 479 (1965), la polémica *Roe v. Wade* 410 US 113 (1973) y la más reciente *Lawrence v. Texas* 539 U.S. 558 (2003).

derecho a la intimidad y solamente dicen relación con la posibilidad de ser informado acerca de qué datos relativos a su persona están almacenados en una determinada base de datos, o que se modifiquen o rectifiquen en caso de que éstos sean erróneos o incompletos, o que se eliminen en caso de que éstos estén caducos o su almacenamiento carezca de fundamento legal.

La observación anterior queda aún más clara, al recordar que el problema de los datos que no se encuentran cubiertos por el derecho a la intimidad, ha motivado que en el seno del Consejo de Europa se haya comenzado a hablar desde algún tiempo de un derecho fundamental autónomo a la protección de datos personales, relacionado pero independiente del derecho a la intimidad. En este sentido, no obstante el artículo 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce el derecho al respeto a la vida privada y familiar, se ha visto la necesidad de elaborar una nueva convención para proteger de mejor manera este aspecto de la privacidad que no quedaba cubierto por el artículo 8º del Convenio Europeo. Con esta finalidad el 1º de octubre de 1981 entró en vigor el Convenio 108 relativo a la Protección de Datos Personales.

#### **4.2.2 Procedimiento**

La acción se interpone ante el juez ordinario competente y se tramita de acuerdo a un procedimiento sumario establecido por los artículos 680 y siguientes del CPC. Esto sin duda debe ser valorado positivamente; la tramitación sumaria evidentemente constituye un elemento bastante deseable a la hora de tutelar derechos fundamentales. En este sentido, el desafío de cualquier procedimiento jurisdiccional, pero aún más de un procedimiento de tutela de derechos, es la celeridad de su tramitación y la facilidad para acceder al juzgador, pero sin sacrificar la estructura del proceso jurisdiccional.

Sin embargo, el *habeas data* ha tenido una escasa utilización desde su implantación en el año 1999. Probablemente, la razón se deba a una desafortunada combinación entre el escaso conocimiento informático de los beneficiarios y a su vez el escaso valor en

términos pecuniarios que pueden tener los datos personales para su titular considerados de forma desagregada. Esto hace que el coste de oportunidad de recurrir a la jurisdicción siga siendo bastante alto si es que no existe un perjuicio económico considerable.

Con el objeto de superar esta situación, es importante tener en consideración la especial naturaleza del bien jurídico protegido a la hora de diseñar la respectiva garantía jurisdiccional, pues no siempre los remedios que resultan idóneos para determinados bienes jurídicos resultan adecuados para otros. También esto dice relación, como ya antes comentábamos con la adecuada posición de la garantía jurisdiccional dentro del sistema de garantías en su totalidad, desde el punto de vista de que ésta debe ser considerada un mecanismo de *ultima ratio*. De esta manera tal vez sería conveniente diseñar algún mecanismo intermedio entre el ciudadano y el Poder Judicial, como por ejemplo un mecanismo de protección administrativa que pudiera significar una tutela más eficaz y a un menor coste para el ciudadano y que a la vez pueda cumplir un rol de difusión e información a la población. Este modelo se ha implementado en muchos países de Europa como por ejemplo: en Italia *Il Garante per la Protezione dei Dati Personali*, la *Information Commissioner's Office* en Reino Unido o la Agencia de Protección de Datos en el caso español, de manera de reservar la tutela jurisdiccional en caso de que este mecanismo fallara en su cometido, por la vía de la jurisdicción contenciosa-administrativa.

### **4.3 El proceso penal como garantía de los derechos fundamentales**

#### **4.3.1 La reforma procesal penal y el nuevo sistema de enjuiciamiento criminal**

Sin duda el hito más importante en esta búsqueda de un ideal garantista por el que atraviesa actualmente el constitucionalismo en Chile ha sido la reforma procesal penal. Para hacer un poco de memoria, cabe recordar que el actual sistema de enjuiciamiento criminal nace en Chile a consecuencia del consenso existente de que

se debían implementar mejoras el proceso penal debido al agotamiento del modelo anterior, aunque también la reforma se explica desde el punto de vista del cumplimiento de los tratados internacionales suscritos por Chile en materia de derechos humanos. Debido a estas razones, a mediados de la década de 1990 se comienza a trabajar en una reforma integral que permitiera superar las falencias del anterior sistema. Como resultado de este trabajo se promulga el día 12 de octubre de 2000 la Ley N° 19.696, que contiene el nuevo Código Procesal Penal, cuya implantación comienza en forma gradual en diciembre de 2000, y que se encuentra vigente en todo el territorio nacional a partir de junio de 2005.

No es exagerado indicar que el Código Procesal Penal actualmente en vigor, representa un notable esfuerzo por una administración de justicia respetuosa por el ciudadano, y en este sentido, constituye un gran triunfo de los derechos fundamentales en el país. Sin duda, el sólo hecho de reemplazar un sistema de enjuiciamiento criminal de naturaleza inquisitivo, escrito, donde el juez investiga, acusa y resuelve, por otro oral, acusatorio y esencialmente garantista, significa un paso gigantesco con miras a este objetivo. En efecto, el nuevo Código desde principio a fin se erige como una eficaz herramienta de protección de los derechos en general, y en particular del derecho a la libertad personal y los derechos fundamentales de contenido procesal dentro del proceso penal.

### **4.3.2 Garantías en el procedimiento penal**

En función de lo que antes decíamos, el código procesal penal contempla las siguientes garantías para tutelar los derechos fundamentales que puedan verse afectados en el marco del proceso penal:

- Creación de una magistratura especializada para la protección de los derechos fundamentales de los imputados: el artículo 70 CPP, al referirse a las competencias del Juez de Garantía, señala que éste “se pronunciará sobre las autorizaciones judiciales previas que solicitare el Ministerio

Público para realizar actuaciones que privaren, restringieren o perturbaren el ejercicio de derechos asegurados por la Constitución.

- Derechos de los imputados: los artículos 93 y 94 CPP (derechos de los imputados y derechos de los imputados privados de libertad, respectivamente) establecen una larga lista de derechos que vienen a desarrollar el derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 19 N° 7 de la Constitución Política. Entre éstos podemos destacar, por ejemplo: el derecho a que se le informe de manera específica y clara acerca de los hechos contenidos en la imputación y los derechos que le otorgan la Constitución y las leyes (artículo 93.a) o el derecho a ser conducido sin demora ante el tribunal que hubiere ordenado su detención (artículo 94.c).
- Cautela de garantías: dispone el artículo 1° del Código Procesal Penal que “en cualquiera etapa del procedimiento en que el juez de garantía estimare que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, adoptará, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio”. Al respecto, cabe destacar la invocación directa que hace la disposición al Derecho internacional de los derechos humanos, la primera de este tipo en Chile luego de la ratificación de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Ahora bien, agrega el mencionado artículo que, si las medidas adoptadas por el Juez de Garantía no fueren suficientes para evitar que pudiese producirse una afectación sustancial de los derechos del imputado, el mismo juez ordenará la suspensión del procedimiento y citará a los intervinientes a una audiencia. Con el mérito de los antecedentes reunidos y de lo que en dicha audiencia se expusiere, deberá resolver la continuación del procedimiento o decretará el sobreseimiento temporal del mismo.
- Regulación de la prisión preventiva: a diferencia del sistema anterior, donde la regla general era la prisión preventiva y normalmente el juez la decretaba para asegurar el resultado de la investigación, el nuevo Código confiere a dicha

medida un carácter marcadamente excepcional. Así, al artículo 139, parte del reconocimiento de que toda persona tiene derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. Para luego agregar, que “la prisión preventiva procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren estimadas por el juez como insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad”.

- Nulidades procesales: la protección de los derechos fundamentales informa al nuevo proceso penal en su totalidad, incluso al momento de regular cuestiones de mero trámite. Por ejemplo, en el caso de las nulidades procesales, la regla general establecida por el artículo 159 señala que: “sólo podrán anularse las actuaciones o diligencias judiciales defectuosas del procedimiento que ocasionaren a los intervinientes un perjuicio reparable únicamente con la declaración de nulidad”. Luego agrega la señalada norma, que éste se produce “cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento”. Sin embargo, según el artículo el 160, si la infracción de estas formas procesales vulnera derechos fundamentales se presumirá de derecho la existencia del perjuicio, y por lo tanto la actuación procesal adolecerá *in nuce* de un vicio de nulidad.
- Recurso de nulidad: por último, el sistema de garantías en materia procesal penal contempla como norma de clausura el recurso de nulidad. Este se configura como un mecanismo extraordinario y subsidiario de tutela de los derechos vulnerados dentro del proceso, que permite reparar dicha vulneración, cuando ésta no ha encontrado remedio a través de los mecanismos ordinarios. Al respecto, Cortez lo define como: “un medio de impugnación de carácter extraordinario cuya finalidad es la invalidación del juicio oral y la sentencia o solamente esta última, cuando dicha sentencia hubiera incidido en un procedimiento viciado o cuando en su pronunciación hubiere existido infracción sustancial de

derechos o garantías o una errónea aplicación del derecho con influencia en lo dispositivo de la misma”<sup>330</sup>.

Como se puede ver, el recurso de nulidad comparte una doble función. Por una parte cumple una función casación en materia penal (errónea aplicación del derecho con influencia en lo dispositivo de la misma) y por otra, constituye una garantía jurisdiccional extraordinaria de los derechos fundamentales que puedan verse afectados en el proceso. La demostración más palpable de esta vocación de protección de los derechos que muestra el Código, se encuentra en el artículo 373 a) que dispone como motivo de nulidad: “Cuando, en la cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”. Además de la causal tipificada en el artículo 373 a) CPP, se contemplan en el artículo 374, una serie de causales denominadas “motivos absolutos de nulidad” que en términos generales recogen distintos aspectos del derecho a la tutela judicial efectiva en materia procesal penal, siendo de esta manera un claro desarrollo del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política.

### **4.3.3 Impacto del proceso penal en la tutela de los derechos**

El procedimiento penal pone en práctica un modelo de protección de los derechos fundamentales, o al menos del derecho a la libertad personal, nunca antes visto en el Derecho nacional: la protección por el juez ordinario mediante los procedimientos ordinarios y a través de una amplia gama de mecanismos de funciones y naturaleza diversa. En efecto, no existe ningún procedimiento especial para tutelar los derechos que se pudieran afectar en el procedimiento penal, sino que todo el mismo procedimiento en su totalidad es concebido como un conjunto de garantías. Por lo mismo, la sede natural para la protección de los derechos

---

<sup>330</sup> Cortez, G., *El recurso de nulidad*, Legal Publishing, Santiago de Chile (2006), pp. 35-36.

fundamentales aquí es el juez de garantía y el Tribunal Oral en lo Penal, es decir los jueces ordinarios y eventualmente la Corte Suprema cuando los mecanismos ordinarios no funcionen a través del mencionado recurso de nulidad.

De este modo, el esquema de protección vigente en materia penal es bastante similar a los modelos de protección de los derechos fundamentales actualmente existentes en algunos países europeos. A nuestro juicio, los modelos más cercanos son el alemán y el español. En ambos casos, la tutela jurisdiccional de los derechos puede ser dispensada por los tribunales ordinarios a través de los procedimientos ordinarios<sup>331</sup>. Pero a su vez, ambos ordenamientos contemplan un mecanismo extraordinario con carácter subsidiario que actúa solamente en caso de que los mecanismos ordinarios, sede natural de protección de los derechos, no cumplen con su misión. Obviamente que existen diferencias, las más notorias son que tanto la queja constitucional alemana (*Verfassungsbeschwerde*) como el recurso de amparo español se interponen ante el Tribunal Constitucional y también que éstos tienen una función exclusivamente constitucional y no el carácter mixto que posee el recurso de nulidad en Chile.

No obstante, lo que nos interesa destacar aquí, más que las coincidencias absolutas, es la dinámica a partir de la cual se articulan diversos niveles de protección de los derechos fundamentales. En esto sí que hay muchos puntos en común. Así por ejemplo, tanto la queja constitucional alemana como el recurso de amparo español requieren el agotamiento de la vía previa. Similar exigencia realiza el artículo 377 del Código Procesal Penal chileno que dispone que: “Si la infracción invocada como motivo del recurso se refiriere a una ley que regular el procedimiento, el recurso sólo será admisible cuando quien lo entablare hubiere reclamado oportunamente del vicio o defecto”. Evidentemente que pueden existir casos donde esto no sea posible; es por ello que el inciso segundo de dicho artículo establece que no será necesario preparar el recurso: “cuando se tratare de alguna de las causales del artículo 374; cuando la ley no admitiere recurso alguno contra la

---

<sup>331</sup> Y en el caso español además a través de procedimientos especiales ante el juez ordinario basados en las características de preferencia y sumariedad, a partir de lo dispuesto en el artículo 53.2 de la Constitución Española.



resolución que contuviere el vicio o defecto, cuando éste hubiere tenido lugar en el pronunciamiento mismo de la sentencia que se tratare de anular, ni cuando dicho vicio o defecto hubiere llegado al conocimiento de la parte después de pronunciada la sentencia”.

El esquema de garantías que representa el proceso penal es excepcional en el Derecho chileno. En cierta medida, aquí lo que ha hecho el legislador es quebrar el paradigma de la separación entre procedimientos ordinarios de carácter legal y procesos constitucionales en la defensa de los derechos fundamentales. De alguna manera, esta idea de la protección multinivel que ha quedado un poco desencajada en la arquitectura tradicional del constitucionalismo chileno y por lo mismo ha debido hacer frente a varias dificultades, pero no nos cabe ninguna duda que representa el camino a seguir por el resto de la administración de justicia.

Lógicamente, este no es el lugar para emitir comentario acerca de la eficacia actual proceso penal o sobre los problemas operativos de éste, tópico tan frecuentemente debatido en foros políticos. Desde la perspectiva de los derechos fundamentales, el aporte de la reforma procesal penal ha sido innegable. Obviamente, el alcance del proceso penal en la protección de los derechos es limitado, pero la gran importancia de los derechos que protege ha justificado plenamente la reforma y nos proporciona un claro ejemplo de cómo el legislador puede ser un verdadero aporte a la tutela de los derechos.

#### **4.4 Las acciones de tutela en materia laboral**

Uno de los ámbitos donde la preocupación por los derechos fundamentales se ha revelado recientemente con mayor intensidad en Chile es en el Derecho del trabajo. En efecto, ha existido en los últimos años una marcada tendencia a la constitucionalización del Derecho laboral<sup>332</sup>. Pero también este interés por los derechos fundamentales se ha instalado por acción de la misma OIT. En este

---

<sup>332</sup> Cfr. Ugarte, J., “La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a Zorro”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 20, núm. 2 (2007), 49-67.

sentido, hitos importantes han sido la ratificación de los convenios 87 (sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación y 98 (sobre derecho de sindicación y negociación colectiva). En el plano nacional, además resultan claves dos momentos en que se discutieron y aprobaron reformas laborales: la Ley N° 19.759 de 2001 y las tres leyes que dieron origen a las reformas de 2008-2009. En las señaladas reformas, se incorporan al Código del Trabajo (CT) dos nuevas acciones destinadas a garantizar jurisdiccionalmente derechos fundamentales en el marco de las relaciones laborales: el procedimiento de tutela jurisdiccional de la libertad sindical y el denominado “procedimiento de tutela laboral” que protege el resto de los derechos fundamentales.

Tampoco debe olvidarse que el mismo procedimiento laboral ordinario que surgió como consecuencia de dichas leyes, contempla mecanismos para hacer efectivos los derechos fundamentales de contenido procesal, siguiendo de cerca el modelo del CPP. A estos efectos cobra especial trascendencia el recurso de nulidad y el recurso para la unificación de la doctrina, que se establecen en los artículos 477 y siguientes del Código del Trabajo.

#### **4.4.1 Excursus: el procedimiento de tutela jurisdiccional de la libertad sindical**

La Ley N° 19.759 introduce por primera vez en Chile un procedimiento destinado a la tutela de derechos fundamentales en el ámbito laboral: se trataba del derecho a la libertad sindical, reconocido en el artículo 19 N° 19 de la Constitución. Si bien, actualmente este procedimiento no se encuentra vigente, pues fue derogado por la Ley N ° 20.087, su importancia en términos históricos como el primer paso en la protección de los derechos fundamentales en sede laboral, bien merece un breve comentario.

El respectivo proyecto de ley, que en definitiva fue aprobado y publicado como la Ley N ° 19.759, incluía un contenido bastante amplio, donde se regulaban una serie de materias relativas al ámbito laboral. Una de sus objetivos era el “[p]erfeccionamiento de las

normas sobre organizaciones de trabajadores y de protección contra las prácticas antisindicales”. En este sentido, en el mensaje del Presidente de la República se destacaba como primera motivación el cumplimiento del país con las obligaciones internacionales recientemente contraídas. De esta manera, se incluían una serie de medidas destinadas a favorecer la formación y la operación de los sindicatos y también normas que sancionaban las prácticas antisindicales. Asimismo, se establecieron mecanismos de garantía con la misma finalidad: se dotó de mayores atribuciones a los órganos administrativos y se creó un procedimiento judicial de tutela del derecho fundamental a la libertad sindical.

En este último caso, la Ley N° 19.759 estableció un procedimiento jurisdiccional ante el juez ordinario, cuyos rasgos más relevantes eran su carácter sumarísimo y la facilidad en el acceso a la jurisdicción. En esencia dicho procedimiento se encontraba regulado en el artículo 292 del Código del Trabajo y los principales aspectos de dicha regulación eran las siguientes:

- El procedimiento, podía iniciarlo cualquiera que tuviera interés en ello.
- Con el sólo mérito de la denuncia el juez citaba a una audiencia a las partes con todos sus medios de prueba y solicitaba el informe de fiscalización de la autoridad administrativa si es que lo había.
- Con el mérito de lo expuesto en la audiencia, el juez podía dictar sentencia en el momento o dentro de tercer día. En éste se debía determinar la infracción al derecho y la forma de reparación. Si existían trabajadores despedidos que gozaban de fuero, el juez podía disponer su inmediata reincorporación<sup>333</sup>.

Ahora bien, cabe tener presente que este procedimiento se creó pensando en sistema de justicia laboral antiguo. Como sabemos, la Ley N° 20.087 sustituyó el antiguo procedimiento escrito, por uno oral y más expedito para el trabajador. Con esta modificación también se derogó el procedimiento especial de tutela de la libertad

---

<sup>333</sup> Para un análisis más detallado véase: Caamaño, E., “La tutela jurisdiccional de la libertad sindical”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 19, núm. 1 (2006), pp. 77-104.

sindical, que pasa a regularse por las normas relativas al procedimiento de tutela de derechos fundamentales en materia laboral. De todas maneras, la Ley N° 19.759 significó un tremendo avance en el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales en materia laboral. En efecto, como también señala el mensaje, este era justamente otro de sus objetivos. Al respecto, de excepcional importancia son las normas a través de las cuales desarrolla el Convenio 111 de la OIT, relativo a la discriminación en el empleo y que actualmente se encuentran en el título preliminar del Código, sobre todo las contenidas actualmente en el artículo 2° donde define y desarrolla este derecho en el ámbito de las relaciones laborales, las del artículo 5°, donde reafirma que el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores.

#### **4.4.2 El procedimiento de tutela laboral**

La reforma laboral de 2008-2009<sup>334</sup> se origina del consenso en el medio jurídico de que, no obstante se había avanzado notablemente en materia sustantiva, no se podía decir lo mismo en el ámbito del Derecho procesal del trabajo<sup>335</sup>. El paquete de medidas se contenía en tres proyectos de ley que buscaban introducir mejoras en igual número de aspectos claves: la creación de magistraturas especializadas, mejoras en el ámbito previsional y la reforma del procedimiento laboral. Así las cosas, los tres proyectos consiguieron ser aprobados en el Congreso, y finalmente se convirtieron en las Leyes N°s 20.022, 20.023 y 20.087, respectivamente.

En particular, es la Ley N° 20.087, que reforma el Código del Trabajo en lo relativo al procedimiento laboral, la que para nosotros presenta mayor relevancia. Dicha norma contiene importantes modificaciones en la medida que sustituye el antiguo procedimiento

---

<sup>334</sup> El proceso de implementación se concibió en cinco etapas, comenzando la primera el día 31 de marzo de 2008 y entrando en vigor en la totalidad del territorio nacional el día 30 de octubre de 2009.

<sup>335</sup> Véase Flores, A., “La reforma a la justicia del trabajo”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 6 (2005), pp. 149-159.

laboral por uno nuevo basado en los principios de: oralidad, intermediación, concentración, celeridad y gratuidad. Desde la perspectiva de los derechos fundamentales, la reforma al procedimiento laboral representa también un importante desarrollo del artículo 19 N° 3 de la Constitución que establece el derecho al debido proceso o a la tutela judicial efectiva. Sin perjuicio de esto, la parte más vistosa de la reforma ha sido la acción específica para la tutela de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, que contempla el nuevo Código del Trabajo en sus artículos 485 y siguientes.

Como ya señalábamos, esta reforma se originó en un paquete formado por tres proyectos de ley que fueron enviados al Congreso por el Presidente Lagos en el año 2003. Sin embargo, los trabajos preparatorios para su elaboración habían comenzado tres años antes con la constitución del Foro para la Reforma de la Justicia Laboral y Previsional, un espacio para la reflexión y discusión integrado por jueces, representantes del Gobierno y miembros de la comunidad académica. El trabajo de dicha comisión sirvió de base para la elaboración de los proyectos del año 2003, que con algunas modificaciones se convertirían en definitiva como las respectivas leyes a las que antes aludíamos.

En lo que dice relación con los derechos fundamentales en el marco de las relaciones laborales, el diagnóstico de la deficitaria situación existente hasta entonces era categórico<sup>336</sup>. En el mencionado foro se aconseja buscar referentes a nivel comparado con el objeto de introducir un procedimiento destinado a la tutela jurisdiccional de los derechos. No obstante nada más se dice, ni en el documento, ni en la discusión parlamentaria posterior, acerca de cuáles son los modelos que podrían servir de inspiración al legislador chileno. Sin embargo, del texto definitivo de la ley se puede observar a simple vista que el procedimiento de tutela existente en el Derecho español, establecido por la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) de 1995, es la principal fuente de donde bebe el legislador chileno a la

---

<sup>336</sup> Véase el documento: “Bases Fundamentales para la Reforma de la justicia Laboral y Previsional”, disponible *online* en: [http://www.cejamericas.org/portal/index.php/es/biblioteca/biblioteca-virtual/doc\\_details/2845-bases-fundamentales-para-la-reforma-de-la-justicia-laboral-y-previsional-](http://www.cejamericas.org/portal/index.php/es/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_details/2845-bases-fundamentales-para-la-reforma-de-la-justicia-laboral-y-previsional-), consultado el 26 de agosto de 2010.

hora de crear una solución al problema. No es muy difícil llegar a esta conclusión, atendidas las similitudes existentes entre ambos e incluso teniendo en cuenta el hecho de que varias disposiciones como la prohibición de la acumulación de autos, el principio de preferencia y el principio de prueba indiciaria, son prácticamente idénticas. Es por ello que también examinaremos el procedimiento de tutela en materia laboral con un ojo puesto en las respectivas normas de la LPL. Esto a nuestro juicio, permitirá aclarar algunos puntos dudosos y comprender algunas de las decisiones del legislador chileno.

#### 4.4.2.1 Objeto

El procedimiento de tutela de los derechos fundamentales que regula el Código del Trabajo, es un procedimiento en virtud del cual se protege a los derechos fundamentales de los trabajadores que se puedan ver afectados con ocasión de la celebración de un contrato de trabajo o durante la prestación de los respectivos servicios<sup>337</sup>. En este sentido un es procedimiento especial y lo es en tres sentidos distintos: en primer lugar es un procedimiento especial *ratione materiae*, pues solo tiene vigencia en el marco de un contrato de trabajo<sup>338</sup>; en segundo lugar, lo es en función de los derechos que protege, pues no todos los derechos fundamentales que se puedan vulnerar en el marco de una relación laboral son susceptibles de ser amparados por esa vía<sup>339</sup>; y en tercer lugar, lo es porque solo es procedente frente a formas específicas de vulneración<sup>340</sup>.

---

<sup>337</sup> El código utiliza un lenguaje mucho menos técnico que induce a confusión. Al respecto, señala en su primera parte el artículo 485:

“El procedimiento contenido en este Párrafo se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores”.

<sup>338</sup> Con este argumento se ha rechazado su aplicación al régimen jurídico de los funcionarios públicos. Véase: Corte Suprema, recurso de unificación de jurisprudencia núm. 1972-2011, de fecha 07 de marzo de 2011.

<sup>339</sup> El artículo 485 del Código del Trabajo chileno establece que: “El procedimiento contenido en este Párrafo se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números 1º, inciso primero, siempre que su vulneración sea consecuencia directa

Por esta misma razón, no procede la acumulación de autos respecto de otros asuntos que no tengan por objeto la protección de derechos fundamentales (art. 487 CT). Idéntica disposición contiene el artículo 176 de la LPL española de 1995, aunque allí esta regla es de toda lógica, pues la acción de tutela se regula por un procedimiento distinto del ordinario, que goza de las características de preferencia y sumariedad. Obviamente, se entiende que esta suerte de “ventajas procesales” se justifican debido a mayor trascendencia de los bienes tutelados. Sin embargo, ello también implica tener conciencia que su utilización también representa un coste que debe ser racionalizado, y en este sentido, la postergación de otros asuntos en términos temporales y la simplificación de los procedimientos en aras de eficacia sólo pueden ser concedidos con carácter excepcional. Es por ello que el procedimiento preferente y sumario no puede convertirse en la regla general, teniendo en cuenta que además no es la única protección que se puede prestar a los derechos fundamentales en el ámbito laboral. Esta idea ha sido puesta de manifiesto en el sistema español reiteradamente por el Tribunal Constitucional<sup>341</sup>.

---

de actos ocurridos en la relación laboral, 4º, 5º, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6º, inciso primero, 12º, inciso primero, y 16º, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador.

También se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2º de este Código, con excepción de los contemplados en su inciso sexto.

<sup>340</sup> El mismo cuerpo legal dispone que: “Se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales.

<sup>341</sup> Sólo a título ejemplar podemos citar la sentencia 90/1997 Tribunal Constitucional español, de fecha 6 de mayo de 2007, que en el fundamento jurídico 2º señala:

“Debe recordarse que la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales prevista en los arts. 175 y ss. LPL -que goza por la naturaleza de su objeto de garantías específicas como la sumariedad y la preferencia en la tramitación (art. 177 LPL)-, limita aquél al conocimiento de la lesión del derecho fundamental, sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica

En suma, en España a través del procedimiento de tutela de los derechos fundamentales sólo se puedan ventilar, valga la redundancia, derechos fundamentales, pero nada impide que en un procedimiento ordinario estas cuestiones puedan ser conocidas conjuntamente con las de legalidad ordinaria, pero lo que no se encuentra justificado es que las cuestiones de legalidad ordinaria se vean dentro del procedimiento preferente y sumario, pues no tiene sentido un sacrificio de la seguridad jurídica como regla general. En el caso chileno, como veremos a continuación, no hay mayores diferencias entre el procedimiento laboral ordinario y el de tutela, salvo por la preferencia y alguna regla especial en materia de prueba. Por tanto, si es que hay razones para impedir la acumulación de autos, éstas no pueden ser las mismas de la LPL española, pues en Chile la diferencia es casi nominal.

De todos modos, la solución chilena refleja nuevamente la ya clásica distinción entre lo constitucional y lo legal, que más arriba comentábamos, que ha ejercido tanta influencia y que se ha traducido en la idea central de que los derechos fundamentales sólo pueden ser tutelados por procedimientos creados especialmente al efecto. Esto también permite entender por qué en la práctica

---

pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela del derecho fundamental - la denominada sumariedad cualitativa- (art. 176 LPL); de forma que el pronunciamiento del órgano judicial se ciñe a declarar la existencia o no de la lesión y con ella la nulidad de la conducta que la ocasiona, reponiendo la situación al momento previo a que aquélla se produjese, con inclusión de la indemnización que proceda (art. 180 LPL). Pero ello no significa que las eventuales lesiones de derechos fundamentales deban ser canalizadas exclusivamente a través de esta modalidad procesal. En concreto, el procedimiento ordinario no tiene esa limitación de objeto de conocimiento ni de pronunciamiento judicial, de forma que permite canalizar reclamaciones de otros derechos vinculadas a la lesión de uno fundamental, que posiblemente serían inviables en el limitado cauce de la modalidad anteriormente mencionada. De esta forma y según el alcance de lo pretendido, el demandante optará por uno u otro procedimiento, como ha sucedido en el presente caso, en que la demanda de la trabajadora no se dirigía con carácter exclusivo a que se declarase la discriminación sufrida por su participación en una huelga, sino a que aquélla se desvelase como la verdadera causa de la negativa de la empresa a transformar su contrato a tiempo parcial en otro por tiempo indefinido, obteniendo el reconocimiento de este derecho establecido en el convenio al invalidar los motivos empresariales de su denegación”

La jurisprudencia en todo caso es abundante. Al respecto basta citar: STS 193/2001 FJ4º, STS 660/1997, STS 697/1997.



también se ha impuesto una limitación en sentido contrario, a pesar de no estar expresamente señalada en el código, es decir, no se puede utilizar el procedimiento ordinario para la tutela de derechos. Por ello, también podríamos agregar además que es el único procedimiento idóneo para proteger los derechos fundamentales en el ámbito laboral, sin perjuicio del recurso de protección que como sabemos es el remedio con carácter más general de todo el ordenamiento jurídico.

#### **4.4.2.2   Ámbito de aplicación**

En relación a los derechos que pueden ser tutelados por esta acción, se establece un sistema de *numerus clausus*. En consecuencia, estos son: el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica (19 N° 1 inciso primero), el derecho a la protección de la vida privada y a la honra de la persona y su familia (19 N° 4), la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada (19 N° 5), la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos (19 N° 6), libertad de opinión e información (19 N° 12 ), la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección (19 N° 16 incisos primero y cuarto), cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador. Además, la señalada acción se hace extensiva para conocer de las conductas a que se refiere el artículo 2° del código del trabajo, que básicamente consisten en determinadas formas de discriminación, y por ende infracciones al derecho fundamental a la igualdad del artículo 19 N° 2 de la Constitución, como por ejemplo: las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. Además no se debe olvidar que con este procedimiento también se tutelan los atentados en contra de la libertad sindical, en virtud de lo dispuesto por el artículo 292 del Código del trabajo.

### 4.4.2.3 Compatibilidad con el recurso de protección

Una cuestión que tiene la misma raíz que la que comentábamos en el 4.4.2.1 punto anterior, es la que dice relación con la manera de articular este procedimiento con otros que pudieran tener también como objetivo la tutela de derechos fundamentales. Como ya podemos intuir, en Chile esta pregunta se reconduce a examinar las relaciones que pueden existir con el recurso de protección. Señala el artículo 485 inciso final del Código del Trabajo, que una vez interpuesto un recurso de protección no se puede deducir la acción de tutela por los mismos hechos. Es decir, se trata de un caso en que el recurso de protección produce cosa juzgada material por expresa disposición del legislador.

Al respecto, cabe recordar lo dicho en su oportunidad cuando comentábamos el efecto de las sentencias pronunciadas en el recurso de protección<sup>342</sup>. Entonces a la luz de estos antecedentes, deberemos preguntarnos si se justifica esta solución que da el legislador, la que claramente representa una excepción a la regla general, aunque como señalábamos en su oportunidad ésta sea una discusión más teórica que práctica. Nosotros creemos que no se justifica, porque es precisamente en cuestiones como ésta donde se debe dar la batalla por hacer retroceder al recurso de protección, encuadrarlo dentro de una función de proceso de urgencia y construir vasos comunicantes con el resto de procedimientos que contempla el ordenamiento jurídico. Por supuesto, existe una opinión contraria basada en el sentido común. Así por ejemplo, Ugarte sostiene que en realidad esta incompatibilidad no tiene mucha importancia. Su explicación desde la perspectiva del Derecho del trabajo tiene mucho de razón, pues como él señala, es verdad que el recurso de protección ha servido bien poco para la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores<sup>343</sup>. No obstante, desde un punto de vista sistémico nosotros creemos que se pierde mucho con esta decisión del legislador. Por lo mismo, creemos que se ha dado un paso atrás en este propósito.

---

<sup>342</sup>Véase *supra* 3.5.6.

<sup>343</sup> Ugarte, J., Ob. Cit. p. 23.

#### 4.4.2.4 Naturaleza jurídica

Se trata claramente de un procedimiento declarativo y de lato conocimiento. En efecto, el artículo 495 N° 1 señala que la sentencia debe contener: “La declaración de existencia o no de la lesión de derechos fundamentales denunciada”. De esta manera, el modelo propuesto por el la Ley N° 20.087 se aparta claramente del prototipo de procedimiento jurisdiccional de tutela de los derechos fundamentales que tenía en mente el constituyente de 1980, basado en la idea de la tutela de urgencia, pero por sobre todo caracterizada por casi abandonar la noción de procedimiento declarativo y decantarse por un procedimiento cuasi cautelar.

Un asunto de extraordinaria importancia es dilucidar la manera cómo este procedimiento protege los derechos fundamentales, es decir contra qué vulneraciones procede y cuáles son las medidas de reparación que permite. Al respecto, señala el artículo 485 del Código del Trabajo, que “los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial”. A su vez, en la última parte del artículo agrega: “En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales”.

Esta sin duda es una cuestión compleja, que se dificulta aún más por la redacción poco feliz de la norma. Aparentemente el precepto, al describir la conducta interdicta, mezcla de manera poco prolija varios conceptos que en la teoría de los derechos fundamentales cumplen funciones diversas. Si bien es cierto que la ausencia de justificación o la arbitrariedad están relacionadas con el principio de proporcionalidad, la referencia a la cláusula del contenido esencial queda bastante desencajada en este contexto. Al respecto, no hay constancia en actas durante la tramitación parlamentaria, que arrojen respecto de qué quiso decir aquí el legislador. En cierto modo, la norma es extraña, porque la LPL española solamente señala en su artículo 175, que el trabajador estará legitimado para interponer la acción cuando “considere lesionados” sus derechos.

En este último caso, ha sido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo el que ha ido estableciendo un camino más o menos documentado que con el paso del tiempo ha ido precisando cuándo estamos en presencia de una vulneración de un derecho fundamental. Creemos que el legislador chileno, trató de señalar una senda a los tribunales a la hora de interpretar la norma, pero al hacerlo incurrió en una impropiedad del lenguaje que ha complicado aún más las cosas.

#### **4.4.2.5 Procedimiento**

Podría pensarse que a raíz de la denominación que utiliza el Código del Trabajo, el ejercicio de esta acción da lugar a un procedimiento especial. No obstante, el artículo 491 del mencionado cuerpo legal señala que: “Admitida la denuncia a tramitación, su substanciación se regirá por el procedimiento de aplicación general contenido en el Párrafo 3º”, es decir por el procedimiento ordinario en materia laboral. Por lo mismo más que un procedimiento especial, se trata de un procedimiento ordinario con reglas especiales.

La gran diferencia respecto del procedimiento ordinario es la preferencia. Establece el artículo 488 del Código del Trabajo que el procedimiento de tutela de derechos fundamentales en materia laboral, goza de “preferencia respecto de todas las demás causas que se tramiten ante el mismo tribunal y con igual preferencia se resolverán los recursos que se interpongan”. No obstante, esto no significa que sea un procedimiento que solamente proceda en casos de urgencia. Es más, ni siquiera se exige *periculum in mora* como un requisito de la demanda. Desde este punto de vista, la preferencia parece estar justificada solamente en la especial entidad del bien jurídico protegido. Tampoco se debe confundir esta característica con la sumariedad, la que como tal no forma parte de los principios formativos del procedimiento, pues la tramitación es idéntica a la del procedimiento laboral ordinario, aunque modificado por algunas reglas especiales, como por ejemplo relativas a la prueba.

A grandes rasgos, el procedimiento se basa en las siguientes reglas:

- El plazo para interponer la acción es de 60 días desde el despido. Al respecto, se siguen las mismas normas que con el resto de acciones en materia laboral. Es así como en este caso este plazo se suspende en el caso de que existe reclamación administrativa previa, en cuyo caso el plazo máximo para su interposición no puede exceder de 90 días.
- El procedimiento es oral y consta de una audiencia preparatoria y una audiencia de juicio. En la primera, se lleva a cabo la fase de discusión, se realiza el llamado a conciliación, se recibe la causa a prueba y las partes ofrecen la prueba que rendirán en la audiencia de juicio. Esta última está destinada a recibir las pruebas, cuya pertinencia se determinó en la audiencia preparatoria<sup>344</sup>.
- El juez tiene amplias potestades para decretar medidas cautelares en este procedimiento. Así las cosas señala el artículo 492 que el juez “de oficio o a petición de parte, dispondrá, en la primera resolución que dicte, la suspensión de los efectos del acto impugnado, cuando aparezca de los antecedentes acompañados al proceso que se trata de lesiones de especial gravedad o cuando la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversibles”.
- Con respecto a la prueba, el artículo 493 establece el principio de la prueba indiciaria. Señala esta disposición que: “Cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.
- En relación a la sentencia, entre los requisitos que según el artículo 495 ésta debe contener se encuentran: la declaración de existencia o no de la lesión de derechos fundamentales denunciada (Nº 1); y la indicación concreta de las medidas a que se encuentra obligado el infractor para obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales (Nº 3). De esta manera con este procedimiento se pueden obtener medidas reparatorias.

---

<sup>344</sup> Cfr. Walter, R. y Lanata, G., *Régimen legal del nuevo proceso laboral chileno*, 4ª edición, Legal Publishing, Santiago de Chile (2008), pp. 170 y 174.

Como se puede ver, la regla de la prueba indiciaria es prácticamente un calco del artículo 179.2 de la LPL española<sup>345</sup>. Por lo mismo, se podría aprovechar la experiencia comparada como un criterio para interpretar la norma. La Corte Suprema ha estado poco fina en ese cometido, y recientemente resolviendo un recurso para la unificación de la doctrina, se ha pronunciado acerca de la exigencia probatoria que contiene, señalando que: “esta norma no altera la carga de la prueba, ya que impone a quien denuncia la presunta vulneración de derechos la obligación de acreditar su aserto, pero aliviana dicha carga, al exigir un menos estándar de comprobación, pues bastará justificar ‘indicios suficientes’, es decir proporcionar elementos, datos o señales que puedan servir de base para que el acto denunciado pueda presumirse verdadero”<sup>346</sup>. Mucho más clara y consistente ha sido en este aspecto la doctrina del Tribunal Constitucional español<sup>347</sup>. Dicho tribunal ha precisado y realizado una mejor construcción del principio de prueba indiciaria que bien pudiera ser aprovechado por los tribunales nacionales.

En pocas palabras, el Tribunal Constitucional español ha dicho que la prueba indiciaria se articula en un doble plano. Por una parte el trabajador debe aportar un “principio de prueba de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, (...) no bastando con la mera alegación de la vulneración constitucional”<sup>348</sup>. Solamente cumplida con esta exigencia “recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración”<sup>349</sup>. Esto se explica sobre el hecho, de que las vulneraciones de derechos fundamentales en el ámbito laboral, normalmente son prácticas encubiertas. Ello significa muchas veces una dificultad probatoria bastante grande

---

<sup>345</sup> “En el acto del juicio, una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de la libertad sindical, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

<sup>346</sup> Corte Suprema, rol 7023-2009, autos caratulados Monsalve Pino con Muellaje STI S.A., de 14 de enero de 2010, fundamento jurídico 7°.

<sup>347</sup> La jurisprudencia en la materia es ingente, comenzando por la STC 38/1981. Un buen ejemplo para seguirle el rastro es la sentencia 41/2006, debido a que es reciente y contiene un buen número de referencias jurisprudenciales.

<sup>348</sup> STC 41/2006, FJ 4°.

<sup>349</sup> *Ibidem*.

para el trabajador, pues implica en gran número de ocasiones la prueba de motivaciones subjetivas.

#### 4.4.2.6 Impacto de la tutela laboral

Es obvio que aún es temprano para poder hacer un balance de esta institución, aunque de todos modos, a primera vista la valoración es positiva. A pesar de ello, se han detectado algunos problemas en la práctica en los escasos estudios que existen sobre el tema. Por ejemplo, Ferrada comentando una sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó, destaca que no obstante las buenas intenciones, se han terminado empleando determinadas categorías dogmáticas de los derechos fundamentales de manera equivocada<sup>350</sup>. En el caso en concreto, la crítica descansa en el incorrecto uso del principio de proporcionalidad. En síntesis, los antecedentes de hecho del asunto decían relación con un empleador que despide a un trabajador argumentando incumplimiento grave del contrato de trabajo, motivo contemplado en el artículo 160 N° 7 del Código del Trabajo, utilizando como prueba información privada que la trabajadora tenía en un ordenador de propiedad de la empresa. La sentencia articula un razonamiento bastante barroco, ponderando la proporcionalidad de la medida de intercepción de la comunicación privada del empleador con los derechos de la trabajadora, cuando en la práctica era evidente que “el empleador no tenía fundamento constitucional o legal alguno para interceptar, abrir o registrar la comunicación privada”<sup>351</sup>, y en consecuencia nada había que ponderar. Este solo ejemplo da cuenta de los riesgos de confundir estos supuestos, y en cierta medida, permite intuir las dificultades que está teniendo la jurisprudencia para asentar criterios uniformes.

A la hora de hacer una valoración general, existe discrepancia entre los profesores de Derecho laboral y los de Derecho Público. Entre

---

<sup>350</sup> Cfr. Ferrada, J.C., “Abriendo camino en la tutela de derechos fundamentales en materia laboral: buenas intenciones, malos instrumentos (Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó)”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 21, núm. 2 (2008), pp. 251-271.

<sup>351</sup> *Ibidem*.

los primeros prevalece la opinión de que con la tutela se abandona definitivamente la idea, tan propia del recurso de protección, de la ilegalidad como requisito de ejercicio de la acción, de forma tal que la tutela laboral supone una constitucionalización del Derecho del trabajo. De esta manera, lo que hace el juez laboral, es de determinar si la medida adoptada por el empleador en uso de sus facultades legales, es constitucionalmente tolerable. Ugarte destaca que con dicha configuración, este procedimiento recoge la teoría de la eficacia horizontal directa o inmediata de los derechos fundamentales en el ámbito laboral<sup>352</sup>.

Sin embargo para otros profesores, la tutela laboral no ha sabido escapar del parámetro de la legalidad a la hora de juzgar las conductas atentatorias. Esto justamente ha traído como consecuencia que ha resultado infra aplicada en la práctica<sup>353</sup>. Esta opinión se funda en el hecho de que la tipificación del ilícito del artículo del artículo 485 exige por parte del juez “analizar la conducta del empleador a la luz de las facultades que la ley le reconoce”<sup>354</sup>. Para nuestro gusto, este problema que es efectivo, trae causa nuevamente en un problema de diseño: el procedimiento de tutela laboral se encuentra incomunicado respecto de la Constitución. Respecto de cómo la jurisdicción ordinaria debe comunicarse con la jurisdicción constitucional es un asunto que abordaremos en el capítulo final. De momento, lo que podemos afirmar, es que el legislador chileno utiliza como inspiración un mecanismo que funciona inserto en un sistema mucho más amplio, y que por tanto en Chile, el hecho de funcionar aislado hace que ésta pierda gran parte de su eficacia.

En efecto, como ya lo hemos señalado, el procedimiento chileno de tutela de derechos laborales se ha inspirado en su análogo español. Lo que sí parece olvidar el legislador chileno que la acción que utiliza como modelo funciona integrado en un sistema, donde además de este procedimiento especial interactúan los procedimientos laborales ordinarios y la protección extraordinaria

---

<sup>352</sup> Cfr. Ugarte, J., *Tutela de derechos fundamentales del trabajador*, Legal Publishing, Santiago de Chile (2009), p. 23.

<sup>353</sup> Silva, L., “Supremacía constitucional y tutela laboral”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 24, núm. 1 (2011), pp. 31-48.

<sup>354</sup> *Ibíd.* p.37.



que brinda el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo, lo que no se da en el caso chileno. En este marco se superponen legalidad y constitucionalidad, pero a la vez también se encuentran delimitados competencialmente a través del recurso de amparo. Lógicamente no viene al caso analizar en profundidad el sistema de garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales en España, pero sí algunas ideas de cómo éste está organizado son útiles para ayudar a entender mejor esta idea.

Podemos partir señalando que en el modelo que crea la Constitución española de 1978 es un modelo que combina la protección que puede ofrecer el juez ordinario a través de los procedimientos ordinarios, en algunos casos a través de procedimientos especiales y la tutela extraordinaria través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Pues bien, a pesar de que en un comienzo no estuvo del todo claro, actualmente se tiene certeza que la piedra angular del sistema es el artículo 24 de la Constitución Española que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva. A partir de esta disposición, se entiende que la sede natural donde deben garantizarse los derechos fundamentales es el juez ordinario a través de los procedimientos ordinarios. Esta es la garantía que poseen todos los derechos fundamentales y desde este punto de vista los derechos fundamentales son normas jurídicas que tienen una operatividad plena y son invocables ante los tribunales de justicia sin más.

Sin perjuicio de esto, el constituyente español estimó que algunos derechos debían ser objeto de una protección cualificada. De este modo, el artículo 53.2 de la Constitución española señala en primer lugar que: “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad”. En segundo lugar además de este procedimiento preferente y sumario establece un recurso extraordinario, denominado “recurso de amparo” ante el Tribunal Constitucional, para estos mismos derechos extendiéndolo además al derecho a la objeción de conciencia del artículo 30. Cabe destacar que el recurso de amparo no tiene nada que ver con lo que se denomina recurso de

amparo en Chile<sup>355</sup>. Nos extenderemos algo sobre lo primero, es decir sobre el procedimiento preferente y sumario o “amparo ordinario”, como lo ha denominado la doctrina, pues resulta clave para poder comprender la función que cumple la acción de tutela laboral en el sistema español y a partir de allí, los problemas del caso chileno a partir de la recepción parcial de esta figura.

Como decíamos, el artículo 53.2 de la Constitución Española deja en primer lugar en manos de los tribunales ordinarios la tutela de los derechos fundamentales, no solamente a través de los procedimientos ordinarios, sino que además disponiendo que contarán con el procedimiento a que hace relación el mencionado artículo. Recuerdan Pérez Tremps y Revenga, que en un primer momento existían dudas acerca de la interpretación de este artículo, por ello las Cortes Generales muy pocos días antes de que apareciera la publicada la Constitución en el Boletín Oficial del Estado, habían aprobado la Ley orgánica 62/1978 de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona<sup>356</sup>. No obstante, el problema de ésta es que “debido a la urgencia se tuvo que ‘improvisar’ una solución que nunca llegó a ser considerada por la doctrina como un genuino desarrollo demandado por el artículo 53.2 CE”. Hoy en día esta ley se encuentra casi totalmente derogada y paulatinamente ha ido siendo reemplazada en los distintos órdenes procesales por diferentes procedimientos especiales. Así por ejemplo, la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa o la reforma al Ley de Enjuiciamiento Civil contenida en la Ley 1/2000 establecen en su articulado un procedimiento especial con las características de preferencia y sumariedad para la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales en sus respectivos ámbitos, en virtud del mandato del artículo 53.2 de la Constitución Española.

Ahora Bien, en materia laboral como ya sabemos también existe un procedimiento que cumple esta finalidad, pero no siempre fue así y por esta razón hubo bastante incertidumbre, pues la Ley 62/1978 no señaló nada en relación a la jurisdicción social. Esta indeterminación se repitió en la Ley de Procedimiento Laboral de

---

<sup>355</sup> Véase además del artículo 53.2, el artículo 161.1 a) de la Constitución Española y el Título III de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

<sup>356</sup> Cfr. Pérez Tremps, P. y Revenga, M., “La protección...”, Cit., p. 30.

1980<sup>357</sup>. Esta duda vino a ser resuelta por el Tribunal Constitucional, quien en sus sentencias 67/1982 y 55/1983 reafirmó la idoneidad del procedimiento laboral ordinario para la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales en este ámbito. De esta manera, a partir de entonces se entendió que en el Derecho laboral español la regla general para la protección de los derechos fundamentales es el procedimiento ordinario. Sin perjuicio de esto, la doctrina laboral, en aras de que ciertos asuntos requerían una mayor rapidez en la intervención comenzó a reclamar la necesidad en esta materia de un procedimiento que resultara más expedito a tales fines, que complementara la protección que podría dispensar el procedimiento ordinario. Es así como la Ley de Bases de Procedimiento laboral de 1989 creó un procedimiento con estas características relativo a la protección de la libertad sindical y posteriormente la Ley de procedimiento laboral de 1995, hizo extensivo este procedimiento a los demás derechos fundamentales. Bueno, es este último procedimiento que ha servido de fuente de inspiración, para la acción de tutela de derechos fundamentales en materia laboral del Derecho chileno.

No obstante en el caso chileno, como decíamos, no existe esta visión de sistema, por lo que la tutela laboral pierde parte de su eficacia. Al no existir recurso de amparo, la determinación del contenido de los derechos queda entregada exclusivamente a las Cortes de Apelaciones a través del recurso de nulidad y a la Corte Suprema en virtud del recurso de unificación de la doctrina. Pero como hemos señalado ya varias veces, los tribunales ordinarios chilenos aún no han sido capaces de conectar el ámbito de la legalidad y el de la inconstitucionalidad. Esto explica por qué la tutela laboral no ha producido los resultados esperados, y normalmente los jueces han sido más hábiles para encontrar razones fundadas en la legalidad para dotar de contenido al ilícito del artículo 485 del Código del Trabajo.

---

<sup>357</sup> Cfr. Roldán, A. y Herreros J., “El proceso laboral de tutela de los derechos fundamentales” en Murillo de la Cueva, P y Carmona, E. (coords.), *La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, Tirant lo Blanch, Valencia (2008), p. 67.

#### **4.4.2.7 Comentarios finales relativos a la tutela laboral**

La acción de tutela de derechos fundamentales es un procedimiento que como señalábamos recién está vigente en todo el país a partir de octubre de 2009. En consecuencia, todavía falta por ver cómo se va a ir desarrollando la jurisprudencia en muchos puntos que requieren desarrollo. A primera vista, se ve bastante claro que representa un avance, que aunque parcial, no deja de ser importante. De momento quedémonos con la parte buena. Antes de la creación de este mecanismo, a pesar de la existencia de normas y mecanismos jurisdiccionales que podrían hacer pensar que los derechos fundamentales tenían vigencia en las relaciones laborales la realidad era muy distinta. Al respecto señala Ugarte que la vía estándar para la tutela de los derechos reconocidos en la Constitución, es decir el recurso de protección, se había mostrado completamente inútil.<sup>358</sup>

Pero por otra parte, decíamos que representa un avance parcial porque lo que ha hecho el legislador chileno en este caso ha sido incorporar de manera aislada un procedimiento que funciona en conjunto con otras herramientas en un sistema. Es entonces forzado recordar cuando decíamos que si bien la preocupación por la protección de los derechos fundamentales constituye un buen síntoma se debe ir con cuidado. Por ejemplo, aquí lo que se ha hecho ha sido transponer directamente un mecanismo que sólo puede alcanzar su cabal funcionamiento dentro del sistema en el que ha sido concebido.

Por ello es interesante observar cuál es el papel que ha jugado el Tribunal Constitucional, sobre todo luego de la reforma de 2005, quien es el órgano llamado a tomar la iniciativa para unir todas las piezas que han ido dando forma al sistema chileno de garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales

---

<sup>358</sup> Cfr. Ugarte, J., *La tutela de derechos fundamentales del...*, Cit. p. 18.

## 4.5 La reforma a la jurisdicción tributaria

El último de los desarrollos parciales que se han ido implementado por vía legislativa está dado por la reforma a la jurisdicción aduanera y tributaria que lleva a cabo la Ley N° 20.322, de 27 de enero de 2009. Este era precisamente uno de los temas más complicados en materia de administración de justicia, pues la justicia tributaria y aduanera estaba en manos de los órganos administrativos encargados de la recaudación de los tributos, y en este sentido, el reclamo era precisamente que en este caso no se respetaban los principios mínimos del debido proceso debido a que el órgano que juzgada era también parte en el litigio.

En este contexto, la finalidad de la señalada reforma es crear tribunales tributarios dependientes del Poder Judicial y establecer un derecho procesal coherente con esta reforma. En el marco de esta nueva regulación procesal, se establece en los artículos 129 K y 129 L, un procedimiento especial de reclamo por vulneración de derechos fundamentales. Así las cosas, dispone la primera de estas disposiciones que : “Si producto de un acto u omisión del Servicio, un particular considerare vulnerados sus derechos contemplados en los numerales 21°, 22° y 24° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, podrá recurrir ante el Tribunal Tributario y Aduanero en cuya jurisdicción se hubiere producido tal acto u omisión, siempre que no se trate de materias cuyo conocimiento la ley somete a un procedimiento distinto ante estos tribunales”.

Como se puede observar, se trata un procedimiento que replica esencialmente el modelo del recurso de protección, salvo que aquí ya no se exige la existencia de ilegalidad o arbitrariedad. Incluso en cuanto al plazo para la interposición de la demanda, se exigen igualmente 15 días. En efecto, es tal la similitud, que el inciso final de dicha norma establece que una vez interpuesto el recurso de protección, no se podrá interponer la acción especial de reclamo en materia tributaria por vulneración de derechos. Sin embargo, según Massone “nada impide que suceda lo contrario, es decir, que se interponga este reclamo y después se interponga, dentro del respectivo plazo, una acción de protección”<sup>359</sup>

---

<sup>359</sup> Massone, P., *Tribunales y procedimientos tributarios*, Legal Publishing, Santiago de Chile (2009), p. 173.

Donde sí se diferencian ambos procedimientos es en el hecho de que, en este caso, en el artículo 129 L, se regula un procedimiento de manera más prolija que en el caso del recurso de protección, en el sentido de que se establece un término probatorio y se contemplan reglas sobre la apreciación de la prueba.

No obstante las buenas intenciones, la reforma en materia de jurisdicción tributaria y aduanera, adolece de los mismos problemas que hemos venido comentando en este capítulo: carácter parcial y falta de sistematicidad. Esto se refleja claramente en los derechos que constituyen su objeto: el derecho a la libre iniciática económica (19 N° 21), la igualdad de trato en materia económica (19 N°22) y el derecho de propiedad (19 N° 24). Todos ellos cuentan con otro mecanismo que cumple la misma función, llámese recurso de protección o recurso de amparo.

De todos modos, la reforma a la jurisdicción tributaria aún no entra en vigor en todo el país, y en consecuencia habrá que esperar que ello suceda para poder comprobar *in situ* su efectividad.

#### **4.6 Algunas reflexiones relativas al desarrollo legislativo de las garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales**

No es exagerado reconocer el gigantesco aporte que ha significado el desarrollo legislativo a la tutela jurisdiccional de los derechos. Al respecto es evidente, que todos los mecanismos examinados en esta sección descansan sobre la base de un concepto mucho más prolijo de tutela jurisdiccional que el que tenía en mente el constituyente de 1980. Esto sin duda, representa un alentador panorama que se traduce en un beneficio directo para el ciudadano. Los mecanismos de garantías que ha generado el legislador democrático abandonan, algunos con mayor decisión que otros, el modelo autoritario y poco sensible a la ciudadanía del recurso de protección. Pero ello no significa que este proceso no haya estado exento de problemas. El principal, está dado por una dificultad a la que ya anteriormente hemos hecho referencia: la falta de sistematicidad.

En efecto, la práctica legislativa se ha caracterizado por dos rasgos que saltan a simple vista: la atomicidad de la tutela y la división entre el ámbito de la mera legalidad ordinaria y la tutela de los derechos fundamentales. Esto supone un grave problema, pues salvo en materia penal, donde no hay procedimiento especial se ha entendido que no existen derechos fundamentales. Al respecto señala Aldunate, que “esta práctica legislativa de distribución de competencias de aquello que, en sentido amplio, se ha venido a denominar el amparo o tutela extraordinaria de los derechos fundamentales conlleva un riesgo para la fuerza normativa de la Constitución”<sup>360</sup>. De esta manera, pareciera ser que en Chile, los derechos fundamentales solamente pueden ser tutelados a través de procedimientos especiales y el procedimiento ordinario no resulta idóneo a tal efecto.

Ello inevitablemente lleva a la atomización y su consecuencia más lógica: la proliferación de tantos procedimientos como intereses se consideren dignos de protección. Como no existen vías de comunicación entre todos ellos, la tutela de los derechos fundamentales se vuelve difusa y muchas veces contradictoria. Desafortunadamente en el último tiempo se ha insistido en este camino. Actualmente se encuentra en tramitación en el Congreso el proyecto de ley anti discriminación, que no es más que un desarrollo del artículo 19 N° 2 de la Constitución que consagra la igualdad ante la ley. Nuevamente en esta oportunidad el proyecto contempla un procedimiento especial sumario y preferente para la defensa de este derecho. Todo lo dicho anteriormente nos permite ahorrarnos aquí cualquier comentario al respecto.

Evidentemente, esta manera de concebir la tutela ordinaria es difícilmente conciliable con estándares de primer nivel en la tutela de los derechos, en la medida que la protección a través de los procedimientos ordinario es indispensable para evitar lagunas de protección. Este vacío podría ser solventado sin dificultad asumiendo que el juez ordinario a través de los procedimientos ordinarios tiene la misma aptitud que los señalados procedimientos especiales para tutelar derechos fundamentales. Además, permitiría

---

<sup>360</sup> Aldunate, E., “La fuerza normativa de la Constitución y el sistema de fuentes del Derecho”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 32 (2009), p.460.

focalizar la protección extraordinaria a las cuestiones que sean verdaderamente necesarias, en la medida que todos estos procedimientos son de cognición limitada, y por tanto, implican un sacrificio de las garantías procesales que necesita ser dosificado y que en ningún caso pueden convertirse en la regla general.

A nuestro juicio, el aporte que puede significar el juez ordinario a la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales es invaluable. El caso paradigmático, además del proceso penal, está dado por el mismo proceso ordinario en materia laboral. Allí el entusiasmo existente en relación al procedimiento de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales contrasta con la indiferencia que entre los autores ha suscitado la reforma al procedimiento ordinario. Conjuntamente con el procedimiento de tutela, el procedimiento ordinario significa también un avance en la protección de los derechos fundamentales en ese ámbito. Esto se expresa básicamente, en que el nuevo procedimiento ordinario es claramente más eficaz y expedito para los trabajadores y, en consecuencia, permite un mejor desarrollo de los derechos fundamentales de contenido procesal contenidos en el artículo 19 N° 3 de la Constitución. En este sentido, señala Daniela Marzi, que en primer lugar, la reforma laboral “trajo remedio oportuno a las necesidades más urgentes de los trabajadores, en especial, al franquearles una asesoría jurídica radicada en las Defensorías laborales y un procedimiento monitorio en cuya alta efectividad radica en gran parte el éxito de la reforma”<sup>361</sup>. De este modo, afirma la misma autora, el gran éxito de la reforma pasa por que “la prolongada duración de un juicio dejó de ser una carta de negociación para el empleador”<sup>362</sup>.

En definitiva, todo este entusiasmo por la tutela de los derechos fundamentales a través de los tribunales ordinarios, sin duda puede ser ésta una interesante oportunidad para desarrollar de manera integral la tutela ordinaria de los derechos a través de los tribunales ordinarios y por los procedimientos ordinarios. Esto permitirá dar colmar las lagunas de protección existentes y además vincular los

---

<sup>361</sup> Marzi, D., “¿Quién le teme a los derechos fundamentales? Sobre el procedimiento de tutela de la Reforma Laboral”, en *Anuario de Derechos Humanos (Universidad de Chile)*, núm. 6 (2010), p. 133.

<sup>362</sup> *Ibidem*.



derechos fundamentales con el resto del ordenamiento. Mientras ello no suceda, la tutela solo será parcial y dissociada de las cuestiones de legalidad ordinaria.

## 5. CAPÍTULO QUINTO: LAS GARANTÍAS OBJETIVAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

### 5.1 Generalidades

Recapitulando todo lo dicho, es innegable que el papel que está llamado a desempeñar el Tribunal Constitucional es vital para superar los problemas de los que hemos dado cuenta en los capítulos anteriores. En efecto, como en muchos otros países, en Chile el Tribunal Constitucional ha ocupado un rol primordial en la tutela de los derechos fundamentales. Pero este fenómeno es más bien reciente en el Derecho chileno y data recién del año 2005. En lo que queda de este trabajo pasaremos revista a los mecanismos objetivos de garantía, analizando cómo ha quedado la configuración de la justicia constitucional en Chile luego de las reformas y cuáles son los principales desafíos que deberá sortear en lo futuro esta institución.

Como decíamos, el último elemento del sistema de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales en Chile, está representado por los mecanismos de justicia constitucional. Parte importante de los países que poseen diseños constitucionales que tienen por objeto la protección de los derechos fundamentales, contemplan modalidades de protección objetiva. Por esta razón, tanto en Europa continental como en EEUU, la jurisdicción constitucional se ha convertido en una institución fundamental para su garantía<sup>363</sup>.

Más allá de las particularidades que puede evidenciar cada sistema, la jurisdicción constitucional como mecanismo que busca la depuración del ordenamiento jurídico de normas que contravengan la Constitución, constituye *per se* un importante eslabón en la

---

<sup>363</sup> Debemos hacer presente, siguiendo a Rubio Llorente, que esta nomenclatura es más bien convencional, y que puede presentar algunos problemas explicativos de este fenómeno. La utilizaremos, no obstante estos problemas, a raíz de su difusión generalizada. Al respecto véase: Rubio, F., *La forma del poder*, 2ª edición, CEPC, Madrid, (1997), p. 463.

cadena de mecanismos de protección de los derechos fundamentales. En efecto, el binomio derechos fundamentales-justicia constitucional aparece hoy como inescindible, en medida de que estos mecanismos han contribuido de manera vital al desarrollo de los derechos. Nada más piénsese en el papel que han tenido órganos como el Tribunal Constitucional Federal alemán o el Tribunal Supremo estadounidense, en la defensa de los derechos fundamentales en sus respectivos países y se comprenderá inmediatamente su importancia.

Ciertamente, las garantías objetivas de los derechos fundamentales, son antes que eso, garantías de la supremacía constitucional. Desde esta perspectiva, no están concebidas exclusivamente para la protección de los derechos fundamentales, sino más bien de todo el texto constitucional. Sin embargo, en un sistema donde el centro de gravedad son los derechos fundamentales, resulta obvio que aquella será la misión más importante de la jurisdicción constitucional. En el caso chileno, la garantía objetiva de la Constitución corre por cuenta exclusiva del Tribunal Constitucional. A partir de la reforma constitucional de 2005 se han concentrado en este órgano todas las funciones de control de constitucionalidad. Aunque la implementación de la reforma ha tardado un poco más y recién en octubre de 2009 logró ser aprobada la nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que adaptaba el texto de la antigua a las modificaciones implantadas en el año 2005.

A nuestro juicio, el diseño del sistema de justicia constitucional luego de la reforma de 2005 adolece de problemas que, al menos hasta la fecha, han impedido que el Tribunal Constitucional pueda asumir el importante papel de garante de los derechos, convirtiéndose estos problemas en un escollo para la consolidación de un auténtico sistema de garantías.

## **5.2 La justicia constitucional en la historia del constitucionalismo chileno y la influencia de Derecho comparado**

Gran parte de la historia de este órgano ha transcurrido en condiciones distintas de las actuales que es necesario analizar, pues permiten explicar muchas de las características actuales de la jurisdicción constitucional en Chile. Este hecho exige partir nuestro examen desde una perspectiva histórica. Es interesante además observar cómo la justicia constitucional chilena ha recibido la influencia de los modelos comparados a lo largo de la historia, lo que ha incidido de manera importante en su configuración.

Luego de la instalación de la República y superada la fase denominada de los “ensayos constitucionales”, Chile ha gozado de una estabilidad institucional bastante prolongada, que se refleja en el hecho de que nada más ha tenido tres Constituciones en toda su historia republicana. Esto permite, en cierto sentido, hablar de una cierta continuidad, en la medida que ninguna de estas Constituciones ha significado una ruptura significativa en términos de diseño institucional.

### **5.2.1 La supremacía constitucional durante la Constitución de 1833**

Luego de la instalación de la República y superada la fase de los denominados “ensayos constitucionales”, Chile ha gozado de una estabilidad institucional bastante prolongada, que se refleja en la larga vida que han tenido sus tres últimas Constituciones. Durante la vigencia de la Constitución de 1833, sabido es que en Derecho constitucional se reducía a la parte orgánica de la Carta Fundamental. Al respecto, es clara la definición que formula Lastarria, quien señala que el Derecho constitucional es: “aquel que regla la organización interior i el ejercicio de los poderes de la soberanía en cada estado” (*sic*)<sup>364</sup>.

---

<sup>364</sup>Lastarria, J.V., *Elementos de Derecho público constitucional*, 2ª edición, Imprenta Chilena, Santiago de Chile (1848), p. 10.

Sin embargo, esta definición es engañosa, y se debe dejar en claro que refleja una manera muy distinta de entender la Constitución a la nuestra. En efecto, el modelo de justicia constitucional que establecía la Carta de 1833 (si es que se puede hablar en estos términos) radicaba en el Poder Legislativo. Así las cosas, el artículo 164 disponía que “[s]ólo el Congreso, conforme a lo dispuesto en los artículos 40 i siguientes, podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de alguno de sus artículos”. Esta disposición vista con nuestros ojos acostumbrados al control jurisdiccional de la Constitución nos puede causar cierta extrañeza. No obstante, para la doctrina de la época esto nada tenía de extraordinario. Según ésta, será lo normal que la Constitución sea interpretada por el Congreso, y no por el poder judicial o por un órgano *ad hoc* como lo es el Tribunal Constitucional. Por el contrario, los autores muestran una opinión desfavorable a esta idea, por ejemplo, Huneeus, afirma categóricamente que: “El poder judicial no es juez de la ley; ha sido creado para aplicarla, sea ella buena o mala” (*sic*)<sup>365</sup>.

Pero esta forma de entender la Constitución no era, en lo absoluto, patrimonio exclusivo del constituyente chileno de 1833 o de la doctrina nacional. Por el contrario, representaba claramente la visión ortodoxa imperante por entonces en Europa acerca del papel de la Constitución en la configuración del sistema político. Es en la conservadora Constitución redactada por Egaña, donde estas ideas ejercen toda su influencia, y en definitiva, el diseño institucional de la Constitución de 1833, es el propio de la arquitectura jurídica de la Francia decimonónica, y por extensión de toda la Europa continental, el que se expresa en dos ideas centrales: la ley como centro de gravedad del sistema y la Constitución como un mero programa político no vinculante para el legislador.

De esta manera, ni la Constitución ni la *Déclaration* eran propiamente Derecho positivo, sino un “reconocimiento” de las “verdades” de una filosofía política presentada como el espíritu de toda una época, que pedía ser llevada del campo de la teoría a la práctica<sup>366</sup>. En consecuencia, éstos eran documentos meramente

---

<sup>365</sup>Huneeus, J., *La Constitución ante el Congreso, o sea comentario positivo de la Constitución chilena*, segunda parte, Imprenta de los Tiempos, Santiago de Chile (1880) p. 253.

<sup>366</sup>Cfr. Zagrebelsky, G., *El derecho...*, Cit., p. 52.

ideológicos, con todo lo que ello significa, fundados en la idea Roussiana de la omnipotencia del legislador, partiendo de la base de que la ley es la genuina voluntad del pueblo y que éste no puede cometer injusticias consigo mismo<sup>367</sup>. En este sentido, la función que cumplieron ambas fue la de ser una fuente de legitimidad de una potestad legislativa que, en el ámbito de la dirección renovadora que tenía confiada, era soberana<sup>368</sup>.

En definitiva, en la Francia que surge después de la *Révolution*, no tuvo lugar el sometimiento de la ley al control de constitucionalidad, sino que por el contrario, se produjo el control de legalidad de la Constitución, cuya verdadera “Constitución” jurídicamente operante no fue sino el *Code Civil*, no en vano denominado con frecuencia la “Constitución de la burguesía” liberal. En el momento revolucionario, la Constitución tiene el alcance político máximo de servir como ariete contra la estructura de poder del antiguo régimen, pero era el legislador quien había de configurar las relaciones sociales y en cuya tarea era completamente soberano. Por ello, como afirma Guastini, la interpretación de los textos normativos de aquella época, va a ser concebido como un acto de conocimiento, que consistirá en descubrir el verdadero sentido de los textos normativos. En otras palabras, como señalará la famosa frase de Montesquieu, el juez no será nada más que la *bouche de la loi*.

En medio de este panorama, la gran pregunta que hoy nos podemos hacer es por qué el modelo estadounidense de la *judicial review* no tuvo mayor eco en Chile en aquella época. La pregunta es bastante lógica, al menos si se tiene en cuenta que su hito fundacional data de 1803<sup>369</sup>. Sin embargo, la respuesta es simple. En el momento en que se elabora la Constitución de 1833, el control de constitucionalidad en EEUU no estaba plenamente consolidado, y aunque que los primeros años del Tribunal Supremo de los EEUU son aún objeto de un profundo debate, la opinión más extendida es que luego de *Marbury v. Madison* esta potestad fue escasamente

---

<sup>367</sup>Cfr. Prieto, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid (2003), p. 73.

<sup>368</sup>Cfr. Zagrebelsky, *El derecho...*, Cit., p. 52.

<sup>369</sup>*Marbury v. Madison* 5 U.S. 137 (1803).

ejercida<sup>370</sup>; en efecto, según la versión oficial, el Tribunal Supremo tardó más de cincuenta años en volver a declarar inconstitucional una ley federal. Esto solamente sucedió de nuevo en la tristemente célebre sentencia *Dred Scott v. Sanford* de 1857<sup>371</sup>.

Por lo mismo, no obstante en 1833 la *judicial review* ya estaba plenamente vigente, es difícil pensar que hubiera podido ejercer una influencia importante sobre los redactores de la Constitución chilena, y por ello es comprensible que el modelo a imitar, sea exclusivamente el que surge en Francia luego de la Revolución de 1789.

## 5.2.2 La Constitución de 1925 y el recurso de inaplicabilidad

Cuando se discutió y aprobó la Constitución de 1925, existía una opinión generalizada de que se debía implementar algún mecanismo para asegurar el principio de supremacía constitucional, y de esta manera, limitar al omnipotente legislador chileno del siglo XIX. No en vano, en las dos décadas anteriores a la caída de la Constitución de 1833, y sin cambiar un ápice de ésta, se había pasado de facto de un régimen presidencial a uno pseudoparlamentario denominado “Parlamentarismo a la Chilena”, que como sabemos no terminó de buena forma<sup>372</sup>. Pero no es casual que en EEUU ya se había consolidado un sistema de control de constitucionalidad por el Tribunal Supremo que gozaba de buena reputación en el mundo entero. Sin duda este hecho influyó poderosamente en la percepción de que la nueva Constitución debía contener algún mecanismo para hacer efectiva la supremacía constitucional.

---

<sup>370</sup>Cfr. Prakash, S. y Yoo, J., “The Origins of Judicial Review”, en *The University of Chicago Law Review*, núm. 70 (2003), p. 887.

<sup>371</sup>*Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S.393 (1857).

<sup>372</sup>Al respecto véase: Castedo L., *Chile: Vida y muerte de la república parlamentaria. De Balmaceda a Alessandri*, Editorial Sudamericana, Santiago de Chile (2001). Para una perspectiva *in situ* véase: Huneeus, A., “El Parlamentarismo en la Constitución de Chile”, en *Revista Forense Chilena*, núm. 12 (1887), pp. 195-249.

En efecto, en la comisión redactora el tema se discutió en las sesiones 7, 19, 28 y 29. En la primera de éstas, se plantea por don Luis Barros Borgoño, quien ejercía durante la ausencia del Presidente Alessandri la primera magistratura del país bajo el cargo de Vicepresidente<sup>373</sup>, la existencia de un recurso especial para velar por la constitucionalidad de las leyes que se dictarían al amparo de la futura Constitución. De similar opinión era también el Senador Romualdo Silva. Así las cosas, la Constitución de 1925 terminó apartándose de la figura del legislador omnipotente de inspiración francesa para acercarse a la idea estadounidense de la revisión judicial, en una época donde en Europa el sistema de jurisdicción constitucional concentrado recién daba sus primeros pasos.

La idea de reafirmar la supremacía constitucional queda expresada claramente en las actas de la sesión N° 7 de la Subcomisión de Reformas Constitucionales, celebrada el 12 de mayo de 1925, donde se plantea crear un mecanismo de control de constitucionalidad a cargo de la Corte Suprema, en un claro paralelismo con el modelo estadounidense. Nuevamente, tal como lo hizo en 1833, el constituyente chileno se deja seducir por los encantos del Derecho comparado.

Sin embargo, en el producto final también influyó el particular momento que por entonces estaba viviendo el Tribunal Supremo de los EEUU. Es así como en la misma sesión antes citada, se expresan los temores de adoptar un mecanismo de declaración de inconstitucionalidad con efectos generales. Aunque no existe constancia en las actas, es muy probable que gran parte de esos temores se hayan fundado justamente en que en esa época el Tribunal Supremo se encontraba en plena “*Lochner era*”.

Como ha sido largamente destacado por la literatura jurídica estadounidense, dicho periodo se caracterizó precisamente porque el Tribunal Supremo declaró sistemáticamente inconstitucional muchas de las leyes en materia social, principalmente las que establecían determinadas condiciones de trabajo, salarios mínimos o

---

<sup>373</sup>Ausencia que se produce luego de la intervención militar posteriormente conocida como “ruido de sables”. El día 5 de septiembre de 1924 Alessandri renuncia a su cargo. No obstante, el Senado rechaza la renuncia y a cambio le otorga un permiso temporal para retirarse del país. Su exilio durará seis meses.



limitaban la jornada laboral de los trabajadores. Este período de acusado activismo judicial, fue extremadamente polémico y aún sigue siendo objeto de discusión entre los autores. Al respecto, la principal crítica que se ha formulado es que los conservadores jueces transgredieron el principio de separación de poderes y bajo la excusa de interpretar la Constitución, impusieron sus preferencias políticas sobre los legisladores elegidos democráticamente<sup>374</sup>.

Así las cosas, no resulta descabellado pensar que la cautelosa postura del constituyente de 1925, representada por la opinión del Presidente Alessandri, verdadero artífice de la Carta de 1925, se fundaba en el temor de que los jueces chilenos levantaran la bandera del activismo. Al respecto, existe otro hecho que también contribuye a aumentar la sospecha: la mala fama de que gozaba entonces el Tribunal Supremo de los EEUU en Europa. Sin duda, esta posición fue fuertemente influenciada por el libro de Edouard Lambert “El Gobierno de los Jueces y la lucha contra la legislación social en EEUU”, obra que según Davis, generó una especie de mito en relación a la desconfianza respecto de un poder judicial fuerte como el norteamericano, con atribuciones tan poderosas que era capaz de imponerse al legislador<sup>375</sup>. Como sabemos, el libro de Lambert había sido publicado en París en 1921, y ya se había convertido en todo un clásico en 1924, época en que el Presidente Alessandri, que se encontraba exiliado en la capital francesa, tomaba clases de Derecho Público en *La Sorbonne*<sup>376</sup>. La doctrina nacional de la época tampoco fue partidaria de introducir el modelo norteamericano en términos puros. Así por ejemplo, Guerra señalaba que dotar a la Corte Suprema de facultades para invalidar las leyes con efectos generales: “equivaldría a poner en abierta contradicción al Poder Judicial con el Poder Legislativo y podría estimular una fuerte intervención de la Corte Suprema en asuntos legislativos”<sup>377</sup>.

---

<sup>374</sup>Cfr. Choudhry, S., “The Lochner era and Comparative constitutionalism”, en *International Journal of Constitutional Law* (University of Oxford), Vol. 2, núm. 1 (2004), p.7.

<sup>375</sup>Cfr. Davis, M., “A Government of Judges: An Historical Re-Review”, en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 35 (1987), pp. 559-580.

<sup>376</sup> Cfr. Alessandri, A., *Recuerdos de gobierno*, tomo II, Editorial Nascimento, Santiago de Chile (1967), pp. 10-11.

<sup>377</sup> Guerra, J., *La Constitución de 1925*, Establecimientos Gráficos Balcells, Santiago (1929), p. 459.

Por esta razón, el modelo que finalmente se consagró en Chile fue una versión bastante distorsionada de la revisión judicial, y que en resumidas cuentas, resultó siendo una creación jurídica *sui generis*, surgida de la síntesis del modelo estadounidense y las críticas europeas. En efecto, si bien claramente la principal fuente de inspiración era el modelo de la *judicial review*, al conceder el constituyente de 1925 a la Corte Suprema la facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes cuando ésta estuviere conociendo en un juicio de un asunto donde dicha ley pudiera ser aplicada, se diferenciaba del sistema estadounidense, en la medida en que no recogía dos de sus aspectos claves. En suma: no se trataba de un sistema difuso ni tampoco la sentencia poseía efectos *erga omnes*. Por el contrario, la Constitución de 1925 concentraba en la Corte Suprema el control de constitucionalidad, dejando al resto de tribunales del país desprovistos de atribuciones para declarar la inconstitucionalidad de una norma. Por otro lado, el constituyente chileno de 1925 circunscribió los efectos de la sentencia de inaplicabilidad, nada más a las partes que litigaban en el juicio en el cual se planteaba la cuestión de constitucionalidad, olvidando que en Chile no existe el principio del *stare decisis*.

La tendencia a mezclar irreflexivamente elementos provenientes de distintos modelos, será una constante a lo largo del siglo XX, y constituirá la principal causa de que el recurso de inaplicabilidad durante la vigencia de la Constitución de 1925 se convierta en un completo fracaso. De todas maneras, también existe una razón de fondo que normalmente suele ser pasada por alto, y que determinó en gran medida similares respuestas en otros ordenamientos jurídicos en la Hispanoamérica de la época: esto es, la imposibilidad de trasladar un sistema surgido en el seno del *common law* a un ordenamiento inspirado en el Derecho europeo continental. Como destaca Fromont, a pesar que desde temprano los países latinoamericanos se vieron influenciados por el sistema norteamericano, éste nunca pudo ser implantado en plenitud en estos países debido a las diferentes tradiciones jurídicas que inspiran sus respectivos sistemas jurídicos en relación con el modelo estadounidense<sup>378</sup>. En este sentido, es fácil darse cuenta de las dificultades que podría ocasionar en sistemas jurídicos

---

<sup>378</sup>Cfr. Fromont, M., *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, Paris (1996), p. 12-13.

inspirados en la tradición europeo continental un elemento tan contrario a la lógica del *civil law* como es el control difuso<sup>379</sup>.

El mecanismo establecido por el artículo 86 de la Constitución de 1925, rápidamente fue bautizado por la doctrina como “recurso de inaplicabilidad”, en función de la finalidad que perseguía: declarar inaplicable, dentro de un litigio concreto y con efectos *interpartes*, un precepto que en opinión de la Corte Suprema fuere inconstitucional. Sin embargo, debido a su novedad, en un comienzo nadie tuvo muy claro como dicha disposición sería implementada en la práctica, por lo que en realidad el precepto se hizo operativo recién en el año 1932, cuando la Corte Suprema dicta el auto acordado de tramitación del recurso de inaplicabilidad, que increíblemente estuvo vigente hasta octubre de 2009 cuando entra en vigor la nueva Ley orgánica del Tribunal Constitucional, que adecúa la regulación del procedimiento a la reforma constitucional de 2005<sup>380</sup>.

No viene al caso comentar en detalle cada una de las ocasiones en que la Corte Suprema se pronunció con motivo del artículo 86 de la CPE de 1925. En síntesis, el balance es claramente negativo. Las líneas jurisprudenciales que se fueron configurando al amparo del recurso de inaplicabilidad se caracterizaron por restringir cada vez más los requisitos de acceso al tribunal, en la medida que la Corte Suprema sistemáticamente interpretó de manera bastante estricta sus competencias, normalmente declarando inadmisibile el recurso o rechazando la declaración de inaplicabilidad<sup>381</sup>.

Esta restrictiva jurisprudencia, significó en palabras simples, que el recurso de inaplicabilidad pronto se volvió intrascendente y

---

<sup>379</sup>El artículo 86 inciso segundo de la Constitución de 1925 establecía que: “La Corte Suprema, en los casos particulares de que conozca o le fueren sometidos en recurso interpuesto en juicio que se siguiere ante otro Tribunal, podrá declarar inaplicable, para ese caso, cualquier precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado del juicio, sin que se suspenda su tramitación”.

<sup>380</sup>Saenger, F., y Bruna, G., *Inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Jurisprudencia 1980-2005*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile (2006), pp. 34-36.

<sup>381</sup>Cfr. Eder, P., “Judicial Review in Latin America”, en *Ohio State Law Journal*, núm. 21, (1960), p.586.

totalmente prescindible. La prueba más contundente de este resultado, es que en un trabajo del año 1940 en el que se examinaba el funcionamiento del recurso, Carvajal da cuenta de una sola declaración de inaplicabilidad en todo el tiempo transcurrido desde su establecimiento<sup>382</sup>. El modo más frecuente de rechazar *in limine* los recursos, fue no aceptar el control de forma de las leyes, de manera que el control que se ejerció bajo la vigencia de la Carta de 1925 fue exclusivamente sobre vicios de fondo<sup>383</sup>.

Otra situación bastante usual era que el procedimiento terminara por sobreseimiento. La razón era que la interposición no paralizaba la marcha del juicio en el cual se planteaba la duda de constitucionalidad, lo que en la práctica se traducía en que no pocas veces el respectivo juicio terminaba sin que el recurso se fallara. Esto sucedía, porque la Corte Suprema interpretó siempre la parte final del inciso segundo del artículo 86 como una norma prohibitiva. Como normalmente el proceso *a quo* terminaba antes de que se acabara el proceso de inaplicabilidad, rara vez se llegaba a la sentencia definitiva. En suma, gran parte de la eficacia práctica de este recurso se desperdiciaba, lo que traía como consecuencia que en realidad la supremacía constitucional fuera más ilusoria que real<sup>384</sup>.

Sin embargo, esta actitud del máximo tribunal chileno es solo el reflejo del funcionamiento de un instrumento mal diseñado desde sus inicios, con el que nunca se terminó de sentir cómodo, y que todo indica, que cada vez que se le solicitaba su intervención, evitaba pronunciarse sobre lo sustantivo del requerimiento. No obstante, cuando el recurso lograba vencer la etapa de la admisibilidad, tampoco nada aseguraba una decisión correctamente motivada.

---

<sup>382</sup> Carvajal, H., *La Corte Suprema*, Imprenta El Esfuerzo, Santiago de Chile, (1940), p. 156.

<sup>383</sup> AAVV, “Tribunal Constitucional de Chile”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* núm. 2 (1998), p. 76.

<sup>384</sup> Cfr. Nogueira, H., “Revisión de las competencias y relaciones entre la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional en Chile. Reflexiones sobre las competencias de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional en materia de control de constitucionalidad”, en *Ius et Praxis*, año 4, núm.1 (1998), p. 281.

Una de las pocas sentencias realmente importantes que se dictaron en este período, fue la de la Ley de Defensa Permanente de la Democracia<sup>385</sup>. En dicha sentencia, en una discutible interpretación acerca de qué es lo que significa que una ley contravenga la Constitución, la Corte Suprema adopta una posición absolutamente tolerante con el legislador, lo que en la práctica equivale a situarlo por sobre los derechos fundamentales. No nos olvidemos que la Ley de Defensa Permanente de la Democracia, era una ley que privaba expresamente de derechos políticos y vulneraba gravemente la libertad de conciencia y el derecho a la igualdad ante la ley, excluyendo de la calidad de ciudadanos a determinadas personas en razón de sus preferencias políticas.

Muchos de estos problemas se pudieron haber evitado, o bien minimizado, si a la hora de diseñar el recurso de inaplicabilidad en la Constitución de 1925, se hubiera puesto cuidado, que con el hecho de modificar el modelo que se estaba imitando también se estaba alterando el funcionamiento normal del sistema, y por tanto, había que buscar una solución a esos problemas. En síntesis, la crítica que se puede hacer al constituyente de 1925 es que recurre como inspiración a un modelo, de forma acrítica, y lo que es peor lo implementa e interpreta libremente, sin advertir que cada modificación que se realice al original va a producir disfunciones a las que hay que buscar vías alternativas de solución. Solo por poner un ejemplo, el problema de la falta de los efectos de la interposición del recurso nunca ha existido en EEUU, porque como los jueces de la instancia tienen la facultad ellos mismos para resolver la duda de constitucionalidad, no existen ni dos procesos ni dos tribunales. Si el constituyente chileno, quería modificar el carácter difuso, debía tener presente que con esto generaba problemas a los que había que buscarles una respuesta dentro de la lógica que pretendía establecer.

### **5.2.3 La creación del primer Tribunal Constitucional**

En vista de la pasividad de la Corte Suprema para resolver los problemas que se le planteaban, los autores comenzaron a sugerir

---

<sup>385</sup> En *Gaceta*, N° 37, primer semestre, 1948.

reformas sustanciales en el sistema para asegurar la supremacía constitucional. En diversos seminarios realizados el año 1963, bajo la dirección del profesor Jorge Guzmán, se puso de manifiesto lo limitado que resultaba el ámbito del control de constitucionalidad que ejercía la Corte Suprema y la conclusión fue unánime: había que introducir reformas al sistema. De esta manera, el ambiente jurídico y universitario se mostró desde fines de la década de los cincuenta, cada vez más partidario, de que la solución pasaba por la creación de un Tribunal constitucional tal como se había hecho en Alemania, Francia e Italia<sup>386</sup>. A la misma conclusión se llegó en las Terceras Jornadas de Derecho Público, celebradas en Concepción en el año 1964<sup>387</sup>.

Así las cosas, durante la presidencia de Eduardo Frei Montalva, el día 17 de enero de 1969<sup>388</sup>, se presentó el proyecto de reforma constitucional que posteriormente se convirtió en la Ley de Reforma Constitucional N° 17.284, de 24 de enero de 1970, y que entró en vigor el día 04 de noviembre de 1970, durante el Gobierno de Salvador Allende, que creaba el primer Tribunal Constitucional, dotando por primera vez a la jurisdicción nacional de un mecanismo de control de constitucionalidad con efectos generales a la usanza europea, pero que no reemplazaba el recurso de inaplicabilidad, sino que por el contrario estaba destinado a complementar a la jurisprudencia de la Corte Suprema en un ámbito distinto a donde ésta ejercía su jurisdicción.

Este nuevo Tribunal Constitucional se caracterizaba por que sus atribuciones estaban dirigidas principalmente a velar por la Supremacía Constitucional durante el proceso de formación de la ley a través de un control preventivo, abstracto y de efectos generales. Por lo mismo, las similitudes con el modelo del Consejo Constitucional francés de la época eran evidentes<sup>389</sup>.

---

<sup>386</sup> Tribunal Constitucional de Chile, en *Anuario...*, *Cit.*, p. 76.

<sup>387</sup> Cfr. Quinzio, M., *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo II, 2ª edición*, Lexis Nexis, Santiago de Chile (2006), p. 457.

<sup>388</sup> Véase Carrasco, S. y Morrison, R., “Estudio comparativo de los proyectos de reforma a la Constitución Política de 1925 presentados con fecha 7 de julio de 1964, 30 de noviembre de 1964 y 17 de enero de de 1969”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 6, núms. 1-4, pp. 149-182.

<sup>389</sup> “Artículo 78 b).- “El Tribunal Constitucional tendrá las siguientes atribuciones:

Sin embargo, este primer Tribunal Constitucional tuvo la mala fortuna de nacer justo en el momento en que comenzaba el que ha sido el periodo más turbulento de la historia constitucional chilena y cuyo episodio más álgido fue el golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973. En consecuencia, nunca llegaría a consolidarse plenamente dentro de la institucionalidad que establecía la Constitución de 1925. Al respecto, la doctrina no tiene contemplaciones para calificar su tarea como un completo fracaso. Así por ejemplo, Cea señala que el Tribunal Constitucional “nació en tiempos críticos y no pudo superarlos en los dos años en que ejerció sus funciones”<sup>390</sup>, e incluso Gómez es mucho más duro aún y habla de que “su existencia fue breve y desgraciada”<sup>391</sup>.

Como sea, este primer Tribunal Constitucional alcanzó a pronunciar 17 sentencias entre los años 1970 y 1973, en un denso ambiente de división política y social en el que el Parlamento se hallaba profundamente polarizado e incluso la Corte Suprema era un actor político de relevancia, por lo que le resultó imposible legitimarse. Como señala el mismo Gómez<sup>392</sup>, cada fallo fue duramente criticado desde todos los sectores, causando gran polémica sobre todo cuando tenía directa incidencia en la contingencia política. El

- 
- a) Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso;
  - b) Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley;
  - c) Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten con relación a la convocatoria al plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Tribunal Calificador de elecciones;
  - d) Resolver sobre las inhabilidades constitucionales o legales que afecten a una persona para ser designado Ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones;
  - e) Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo, o promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda, y
  - f) Resolver las contiendas de competencia que determinen las leyes”.

<sup>390</sup> Cea, J., “La justicia constitucional y el tribunal de la Constitución en Chile”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol.12, núm. 1 (2001), p. 116.

<sup>391</sup> Cfr. Gómez, G., “La justicia Constitucional en Chile”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 1 (1997), pp. 123-124.

<sup>392</sup> *Ibidem*.

ejemplo más claro al respecto, fue la sentencia sobre la inhabilitación del Ministro José Tohá, rol 3-1972<sup>393</sup>.

Luego del día 11 de septiembre de 1973 al ser abiertamente quebrantada la Constitución de 1925, y al auto atribuirse la junta militar los poderes ejecutivo, legislativo y constituyente, era bastante obvio que institucionalmente el Tribunal Constitucional tenía pocas razones para seguir existiendo. Así las cosas, éste terminó siendo disuelto por el DL N° 119 el 10 de noviembre de 1973. Sin perjuicio del papel que jugó o pudo haber jugado en la resolución de la crisis institucional de 1973, en materia de justicia constitucional, que era precisamente para lo que había sido creado, su legado fue bastante pobre. Es más, si bien pareciere ser que en medio de la turbulenta situación nadie se cuestionó el asunto, pero aparentemente su creación no contribuyó mucho a superar los problemas estructurales que presentaba el sistema de justicia constitucional con anterioridad a 1970.

Sin embargo este periodo tiene una importancia muy grande, pues aquí se encuentra el germen del modelo de justicia constitucional que establecerá posteriormente la Constitución de 1980. En este sentido, en los últimos días de la Constitución de 1925 llegan a convivir dos mecanismos que en Derecho comparado tienen un origen diverso y que forman parte de sistemas de justicia constitucional que son diametralmente opuestos. Al respecto señala Francisco Cumplido, uno de los redactores del proyecto de reforma constitucional de 1969, que en dicha oportunidad se decidió mantener la competencia de la Corte Suprema sobre inaplicabilidad y a la vez diferenciar lo más posible la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de carácter pura y eminentemente general y

---

<sup>393</sup> El asunto tuvo su origen en la práctica de la oposición de acusar constitucionalmente a los Ministros de Estado con la finalidad de lograr su destitución. En la segunda mitad del gobierno de la Unidad Popular, el Partido Nacional había logrado el apoyo de un sector importante de la Democracia Cristiana con lo que contaba con los votos suficientes para destituir a los Ministros acusados constitucionalmente. Para evitar la destitución del Ministro del Interior José Tohá, el Presidente Allende le pide la renuncia a la cartera que desempeñaba, pero le nombra inmediatamente Ministro de Defensa. Entonces la cuestión que fue sometida al conocimiento del Tribunal Constitucional, era en concreto, si esa designación estaba constitucionalmente permitida.



abstracto, de la de la Corte Suprema, donde el examen se hace a la luz del caso concreto<sup>394</sup>.

Como sea, en el periodo siguiente los problemas de dicho diseño se harán evidentes y serán la principal razón para la reforma constitucional de 2005, y no es exagerado afirmar que aún se pueden sentir las consecuencias. Pero no vayamos tan rápido, es importante también detenernos a examinar qué sucedió al respecto en los 25 primeros años de vigencia de la Constitución de 1980.

#### **5.2.4 La Constitución de 1980 y el sistema mixto de control de constitucionalidad**

En su redacción original, la Constitución de 1980 mantuvo esencialmente las mismas características en materia de justicia constitucional que las que poseía su predecesora en el periodo 1970-1973. Es decir, configuraba un sistema dual, donde sus distintas partes se diferenciaban tanto desde una perspectiva orgánica como funcional. En efecto, conserva a los mismos dos órganos con competencia para realizar el control de constitucionalidad que establecía la Carta de 1925 en su última etapa: el Tribunal Constitucional, con carácter preventivo, de naturaleza abstracta y efectos *erga omnes*, y la Corte Suprema, a través del control reparador, incidental y con efectos *interpartes*.<sup>395</sup>

El artículo 80 regulaba en lo esencial el mismo recurso de inaplicabilidad que había existido durante la vigencia de la Carta de 1925, y lo hacía en términos más o menos similares. No obstante, introducía algunas pequeñas modificaciones que se planteaban para mejorar determinadas cuestiones que se habían reportado como

---

<sup>394</sup>Cfr. Cumplido, F., “Tribunal Constitucional y Corte Suprema”, en *Ius et Praxis*, año 4, núm. 1 (1998), pp. 336-337.

<sup>395</sup> En una posición muy minoritaria y sin respaldo jurisprudencial, Lautaro Ríos sostuvo que la Constitución de 1980 establecía un sistema de control difuso similar al estadounidense, donde todos los tribunales de la República tenían competencia para declarar la inaplicabilidad de las leyes. Al respecto véase: Ríos, L., “El control difuso de la constitucionalidad de las leyes en la República de Chile”, en *Ius et Praxis*, vol. 8, núm 1 (2002), pp. 389-418.

problemáticas durante el periodo anterior, pero que no alteraban la sustancia de dicho instituto<sup>396</sup>. En este sentido, las modificaciones con respecto a la situación anterior, son mínimas. Así por ejemplo, se sustituyó la expresión “juicio” por “gestión”, para hacer referencia a una mayor amplitud en cuanto a los procedimientos en los que el recurso podría plantearse, incluyendo por ejemplo asuntos de jurisdicción voluntaria<sup>397</sup>. Además se explicita que la Corte Suprema puede conocer de oficio, cuestión que no estaba del todo clara en la anterior redacción, y se consagra también la facultad de la Corte de suspender el procedimiento que daba lugar al surgimiento del recurso, cuestión que antes se prohibía expresamente y que producía el efecto perverso de que muchas veces la sentencia de inaplicabilidad se hacía innecesaria por no existir ya el proceso principal en el que se planteaba.

Sin duda, estas modificaciones estaban dirigidas a robustecer el papel de la Corte Suprema, ampliando sus potestades y animándole de esta manera a ejercer con mayor rigor su rol de garante de la supremacía constitucional. Lamentablemente, la nueva Constitución no significó un cambio significativo en relación a los verdaderos factores que habían sido la causa del fracaso anterior: el legislador de la época no reguló el procedimiento, tampoco lo hizo el legislador democrático cuando tuvo la oportunidad a partir de 1990. Así las cosas, con pocas reglas y con los mismos jueces, no fue posible cambiar el estado de las cosas. En otras palabras, se aprecia un claro continuismo con la situación anterior al 11 de septiembre de 1973, sólo interrumpida por un largo paréntesis de 8 años.

Por otra parte, el capítulo VII establecía la existencia de un Tribunal Constitucional que también, al menos en cuestiones relativas al control de constitucionalidad de las normas de rango legal, mantenía básicamente las características de su antecesor<sup>398</sup>. Dicho

---

<sup>396</sup> Art. 80 “La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca, o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento”.

<sup>397</sup> Zúñiga, F. y Parramont, A., Cit, pp. 15-16.

<sup>398</sup> “Artículo 82.- Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

órgano básicamente ejercía funciones de control de constitucionalidad con carácter preventivo, tanto de las leyes como de los decretos con fuerza de ley. También en el caso de los decretos supremos, ejercía funciones ahora de control *ex post*. Además en el artículo 82 se establecían una serie de otras atribuciones tales como: resolver las cuestiones que se susciten sobre constitucionalidad con relación a la convocatoria a un plebiscito (referéndum), por supuesto, sin perjuicio de las

---

1°.- Ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación y de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución;

2°.- Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso;

3°.- Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley;

4°.- Resolver las cuestiones que se susciten sobre constitucionalidad con relación a la convocatoria a un plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Tribunal Calificador de Elecciones;

5°.- Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo, promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda o dicte un decreto inconstitucional;

6°.- Resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría haya representado por estimarlo inconstitucional, cuando sea requerido por el Presidente en conformidad al artículo 88;

7°.- Declarar la inconstitucionalidad de las organizaciones, y de los movimientos o partidos políticos, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 8°. de esta Constitución;

8°.- Declarar, en conformidad al artículo 8°. de esta Constitución, la responsabilidad de las personas que atenten o hayan atentado contra el ordenamiento institucional de la República. Sin embargo, si la persona afectada fuere el Presidente de la República o el Presidente electo, dicha declaración requerirá, además, el acuerdo del Senado adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio;

9°.- Informar al Senado en los casos a que se refiere el artículo 49 N°. 7 de esta Constitución;

10°.- Resolver sobre las inhabilidades constitucionales o legales que afecten a una persona para ser designada Ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones;

11°.- Pronunciarse sobre las inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios, y

12°.- Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, cuando ellos se refieran a materias que pudieren estar reservadas a la ley por mandato del artículo 60°.

atribuciones que correspondan al Tribunal Calificador de Elecciones (N° 4), declarar la inconstitucionalidad de las organizaciones, y de los movimientos o partidos políticos así como declarar la responsabilidad de las personas que participen en éstos (N° 7 y N° 8)<sup>399</sup>, informar al Senado en determinados casos (N° 9) y pronunciarse sobre las inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos de Ministros de Estado y Parlamentarios (N°s 10 y 11).

En suma, en términos de justicia constitucional, el Tribunal Constitucional en la redacción original de la Constitución de 1980, ejerce un control concentrado (con el límite de la competencia de la Corte Suprema), abstracto y preventivo, salvo el caso de los decretos con fuerza de ley y los decretos supremos, donde también lo hace *a posteriori*. En lo que dice relación con las atribuciones de control de constitucionalidad, la doctrina siempre las clasificó en dos grupos y distinguió entre: atribuciones de control de constitucionalidad obligatorias y atribuciones ejercidas a iniciativa de alguna autoridad activamente legitimada.

### **5.3 Los problemas de la jurisdicción constitucional en la Constitución de 1980**

En este punto es bueno no perder nuestra perspectiva de análisis. Recordemos que nuestro objetivo principal en este capítulo es analizar y buscar las causas de por qué a primera vista el actual Tribunal Constitucional no ha sido capaz de vertebrar a través de su jurisprudencia las distintas alternativas de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico chileno. Lo que trataremos de demostrar en lo que sigue es que justamente muchos de los problemas de los que hoy adolece la justicia

---

<sup>399</sup> El texto original de la Constitución hacía referencia a las conductas descritas en el antiguo artículo 8°. Luego de la reforma de 1989 éste se derogó y parte de su contenido se trasladó al actual artículo 19 N° 15, consecuentemente con esto, también se modificaron en este punto las atribuciones del Tribunal Constitucional: el artículo 82 N° 8 se derogó y parte de su contenido se trasladó al artículo 82 N° 7. En la actual enumeración, luego de la reforma de 2005, dicha atribución está contemplada en el artículo 93 N° 10.

constitucional en Chile traen causa en los 25 primeros años de vigencia de la Constitución de 1980.

A la luz de lo que había sucedido en el periodo anterior a 1973, el constituyente de 1980 tuvo una preciosa oportunidad para afianzar el principio de supremacía constitucional y para avanzar en la tutela de los derechos fundamentales. Sin embargo, como hemos visto ésta fue desaprovechada. Las modificaciones que se introdujeron en la Constitución de 1980 no significaron cambios sustanciales, a pesar de que ya en aquella época, los mismos operadores del sistema habían expresado la necesidad de introducir reformas de importancia al sistema. Así por ejemplo, el mismo Presidente de la Corte Suprema, José María Eyzaguirre, había sugerido en el discurso inaugural del año judicial 1976 que: “si la Corte Suprema, por tres sentencias consecutivas declara inconstitucional un precepto legal, esa declaración tenga efectos generales en el futuro, pues resulta absurdo y hace perder al tribunal y a los litigantes mucho tiempo, que, después de declarada, reiteradamente, la inconstitucionalidad, sea necesario recurrir de nuevo, una y otra vez, con el mismo objeto”<sup>400</sup>.

Durante la década de 1980 la doctrina guardó silencio en relación al tema. Solo a partir de 1990, cuando el debate por las reformas constitucionales se convierte en un tópico recurrente en la política contingente chilena, los autores comienzan a alzar la voz para denunciar los problemas del sistema de justicia constitucional. Sin embargo, debe reconocerse que en las propuestas de los partidos políticos, la justicia constitucional nunca fue el epicentro en un debate que estaba dominado por las limitaciones al principio democrático impuestas por la institucionalidad pinochetista que se resumían básicamente en: senadores designados, rol de las FFAA y sistema electoral. Sin embargo, 20 años después cuando se comienzan a debatir las reformas constitucionales de 2005 y la oportunidad de plantear y discutir soluciones era por primera vez una realidad plausible, el asunto logró introducirse en el paquete de reformas propuestas.

---

<sup>400</sup> En *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, núm. 73 (1976), pp. 16 y ss.

Esta vez, a diferencia de 1970 y de 1980, muchos de los problemas de que adolecía el modelo de justicia constitucional chileno estaban claramente documentados por los autores, y por tanto, los aspectos más críticos eran fácilmente accesibles para los asesores parlamentarios. Es cierto que como luego veremos, se trataba de la reforma constitucional más trascendente desde 1989, y donde se abordaban una gran cantidad de materias. Por otra parte, como no podía ser de otra manera, el centro de la atención estaba en sacudir el tejido constitucional de los llamados “enclaves autoritarios”, que minaban cada una de las instituciones en que la participación popular podía tener algún grado de relevancia. Sin embargo, el tema de la justicia constitucional y su importancia para la protección de los derechos fundamentales no podía ser en ningún modo baladí en el marco de los debates parlamentarios, pues participaron destacados profesores nacionales en las tareas de asesoría durante la redacción y tramitación de los proyectos.

Lamentablemente, durante la tramitación de las aludidas reformas constitucionales, el debate parlamentario que se generó en torno a las enmiendas que se introdujeron a la regulación del Tribunal Constitucional, tanto en sala como en comisión, estuvo bastante alejado de criterios técnicos y evidenció una manifiesta falta de rigor. Esta situación resulta una pena, sobre todo porque se partía de la opinión generalizada en la doctrina de que el diseño constitucional chileno en materia de jurisdicción constitucional, generaba más desconcierto que seguridad jurídica y eran necesarias modificaciones que apuntaran a la búsqueda de soluciones.

Es por ello, que bien vale la pena pasar revista, aunque sea brevemente, a algunos de estos problemas, para luego determinar en qué grado el constituyente derivado de 2005 los tuvo en cuenta cuando se debatió la reforma de 2005, recordando que justamente uno de sus objetivos fue fortalecer la tutela de los derechos fundamentales.

Lo haremos sobre el siguiente esquema: el primer lugar trataremos los problemas comunes (2.1), luego los del recurso de inaplicabilidad (2.2, 2.3 y 2.4) y finalmente los del Tribunal Constitucional (2.5).

### **5.3.1 Diferentes jurisdicciones diferentes jurisprudencias**

No tardó en ponerse en evidencia que el modelo chileno no se trataba de un sistema, sino de dos mecanismos independientes que funcionaban por cuerdas separadas y que no tenían ninguna posibilidad de hacer contacto en algún punto. Anteriormente, vimos que este sistema mixto de control de constitucionalidad, a cargo de dos órganos distintos y con funciones diversas, pero con el mismo objeto, había surgido en Chile a la luz de circunstancias históricas bien concretas, en una época en que la justicia constitucional estaba en pleno desarrollo, donde por ejemplo en Europa dicha institución recién estaba en un estado embrionario y en la que en los distintos países de Latinoamérica se sucedían diversos experimentos, que con bastante libertad, trataban de asegurar el principio de supremacía constitucional. No obstante, cuando se elaboró la Constitución de 1980 ya existía una abundante literatura en Derecho comparado que daba cuenta de los distintos arreglos institucionales, más o menos exitosos, que se habían implementado, tanto en Europa como en EEUU, como respuesta al problema de cómo asegurar la supremacía constitucional, y por tanto, no era difícil dar con una solución medianamente satisfactoria.

Sin embargo, e independientemente de que la variedad de opciones existentes era profusa, hay un elemento que todos los sistemas tienen en común: la jurisdicción constitucional, en todos los casos contempla mecanismos para dotar de unidad y coherencia a la interpretación constitucional. La consecuencia más lógica de esto, es que el diseño de las instituciones encargadas de la defensa de la constitución debe evitar generar respuestas contradictorias. Suena de Perogrullo, pero era precisamente eso lo que no ocurría en Chile, donde podían perfectamente convivir dos interpretaciones contradictorias para un precepto constitucional dependiendo del órgano que se encargara de resolver. Naturalmente, este fue el primer objetivo contra el cual la doctrina apuntó sus dardos. Así por ejemplo, Gómez planteaba que esta jurisdicción bicéfala “provoca una escisión en el modelo de control constitucional, esto es, en lo

que ambos órganos conciben como Constitución y en los métodos de interpretación de la Carta que esgrimen y utilizan”<sup>401</sup>.

En este sentido, se observaba una práctica tremendamente caótica y muchas veces contradictoria. Pero cómo se puede intuir, el problema no radicaba en que existieran dos órganos cuyas competencias pueden llegar a solaparse, sino que como acertadamente comentaba Suárez, en aquella época no existía “un sistema de relación claro de vinculaciones normativamente establecido entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema”<sup>402</sup>, que pudiera hacer prevalecer una decisión sobre la otra. En efecto, en los sistemas difusos no existen solo dos, sino muchos tribunales con idénticas competencias, pero si el diseño es el adecuado, siempre existirá una forma de mantener la coherencia del sistema y unificar la jurisprudencia.

Lo cierto es que la Constitución de 1980 estableció como única previsión el inciso final del artículo 83 que disponía que: “Resuelto por el Tribunal (Constitucional) que un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia”. Sin duda esto resultaba insuficiente. Por una parte, porque no establece un mecanismo para resolver conflictos interpretativos entre ambos tribunales, y por otra parte, no deja en claro qué es lo realmente vinculante de la sentencia del Tribunal Constitucional, es decir si el mero fallo o la *ratio decidendi*, cuestión no menor para el funcionamiento de un sistema de justicia constitucional. Veremos más adelante, que esta indecisión, sigue incluso pendiente en el actual sistema, pues el tema no fue abordado ni en el debate parlamentario con ocasión de la reforma constitucional, ni tampoco con posterioridad por el legislador orgánico.

---

<sup>401</sup> Gómez, G., “Algunas ideas críticas sobre la jurisdicción constitucional en Chile”, en *Ius et Praxis*, año 4, núm. 1 (1998), p. 275.

<sup>402</sup> Suárez, C., “El Tribunal Constitucional y sus competencias. El fantasma del Estado legislativo como un obstáculo al Estado jurisdiccional de justicia constitucional. Reflexiones sobre el sistema de control de constitucionalidad en Chile”, en *Ius et Praxis*, año 4, núm. 1 (1998), p. 251.



### 5.3.2 Control de constitucionalidad solo parcial

Paradójicamente el recurso de inaplicabilidad causó una atrofia generalizada de la Constitución. Esto queda en evidencia en materia de admisibilidad, que fue uno de los pocos ámbitos donde la Corte Suprema logró crear una jurisprudencia más o menos consistente, pero precisamente para reducir el alcance del recurso. Al respecto, señala Gómez que en este periodo la tendencia de la Corte Suprema fue “adelgazar el parámetro de constitucionalidad en varios campos”<sup>403</sup>. Como prueba más fehaciente de esto, no nos olvidemos que hasta el año 1990, dicho tribunal se había negado a revisar la inconstitucionalidad de las leyes preconstitucionales. Afortunadamente, dicha doctrina es revertida con la sentencia rol N° 14.444, más conocida como la “sentencia Campos Canales”<sup>404</sup>. Sin perjuicio de esto, al momento de la señalada reforma existía una desafortunada práctica jurisprudencial que se estructuraba en base a varios puntos, que sumados todos ellos, daba como resultado una considerable reducción del ámbito de acción del recurso de inaplicabilidad.

El primero de ellos fue el de la naturaleza del control de constitucionalidad que desempeñaba la Corte Suprema, materia donde la jurisprudencia fue demoledora y en la que dicho tribunal se mantuvo sistemáticamente en su histórica posición en orden a no aceptar posibles recursos de inaplicabilidad fundados en un vicio de forma acaecidos durante la tramitación legislativa. En este sentido, la insistencia en que la inaplicabilidad sólo tiene que ver con un control sustantivo de constitucionalidad, y que por tanto este procedimiento no es competente para determinar si un órgano ha actuado debidamente dentro de su competencia, fue una constante en su jurisprudencia<sup>405</sup>. En este sentido, el principal argumento que esgrime la Corte, para rechazar conocer de estos casos, estuvo dado por la idea de “que adoptar un criterio amplio importa inmiscuirse

---

<sup>403</sup> Gómez, G., *La justicia Constitucional...*, Cit., p. 153.

<sup>404</sup> Véase: Zúñiga, F., “Controles de la potestad legal y reglamentaria”, en *Ius et Praxis*, año 7, núm. 2 (2001), pp. 105-178.

<sup>405</sup> Saenger, F., “Veinte años de recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Sma. Concepción*, núm. 10 (2002) pp.43-44.

en las facultades constitucionales autónomas que la Carta le ha entregado a otros poderes, infringiendo la separación de poderes”<sup>406</sup>. En este periodo sólo es posible encontrar pronunciamientos de este tipo en algunos votos particulares, como por ejemplo en la sentencia sobre el requerimiento rol N° 20.136 sobre la superposición de concesiones mineras<sup>407</sup>. La verdad es que esta doctrina es bastante anterior a la Constitución de 1980. Ello aporta indicios que el recurso de inaplicabilidad en la Constitución de 1980, es sin solución de continuidad, prácticamente el mismo procedimiento que consagraba el artículo 86 de la Constitución de 1925, y que de la misma manera las líneas jurisprudenciales que se generaron en dicho periodo siguen vigentes durante la Constitución de 1980.

Un segundo ámbito donde la Corte Suprema limitó el acceso a la jurisdicción constitucional dice relación con el objeto del control. A partir de la expresión “precepto legal”, la Corte Suprema también vio una oportunidad para restringir el alcance del recurso de inaplicabilidad. Así las cosas, la Corte Suprema se movió en la ambigüedad de esta fórmula, para declarar inadmisibles una gran cantidad de recursos por estimar que dicha expresión no era equivalente a una ley considerada en su totalidad, sino que al hablar la Constitución de “preceptos”, hacía referencia únicamente a una parte concreta de estos (un artículo, un inciso, etc.)<sup>408</sup>. Pero por otro lado, la Corte fue sumamente imprecisa para delimitar con claridad qué era entonces lo que debía entenderse por “una parte concreta de éstos”, por lo que la fórmula también fue utilizada para declarar la inadmisibilidad del recurso sin una justificación razonable y con

---

<sup>406</sup> Gómez, G., *La justicia Constitucional...*, Cit., p. 153.

<sup>407</sup> Cfr. Rubano, M., “¿Procede la inconstitucionalidad de fondo y forma o solo la primera?”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 7 (1996), 85 -98.

<sup>408</sup> Así por ejemplo en sentencia 15902 de fecha 13 de abril de 1993, autos caratulados Viola c. Wolf, se resolvió:

“4°.- Que, como ya se ha resuelto por esta Corte Suprema, la facultad indicada en el considerando anterior, no habilita a este tribunal para declarar inaplicable una ley globalmente considerada. Tanto la Carta Fundamental como el Código Civil y otros textos legales hacen diferencias entre precepto legal y ley, bastando recordar, para demostrarlo, el tenor de los artículos 13, 22, 23, 52 y 53 de dicho Código y los artículos 6°, 63 y 6° transitorio de la Constitución Política;”

En el mismo sentido véase rol N° 17470/1993, 18742/1993.

total ausencia de un criterio, que permita discriminar las hipótesis en las que el recurso resultaba procedente<sup>409</sup>.

Desde luego, se puede criticar el exagerado formalismo de la Corte Suprema, que llegó hasta el punto de desvirtuar casi por completo el objeto del recurso de inaplicabilidad. Es evidente, que la Corte Suprema equivocó el camino a la hora de dotar de contenido a este requisito, en gran medida a consecuencia del defectuoso diseño del recurso de inaplicabilidad. En efecto, en otros países donde se han establecido mecanismos de control concreto de constitucionalidad esta discusión es intrascendente y la función que realizan allí los tribunales, más allá de preguntarse si es procedente realizar una declaración de inconstitucionalidad más amplia o restringida, es un examen de relevancia de la norma de rango legal en el caso concreto en que se plantea. Teniendo en cuenta que, valorar la relevancia, como precisa Cerri para el caso italiano, significa “establecer cuál es la norma efectivamente aplicable al caso en concreto”<sup>410</sup>. En este sentido, la competencia del tribunal que controla la constitucionalidad se extiende en la medida en que la disposición impugnada es apta para producir resultados inconstitucionales en ese caso concreto, independientemente de que sea un artículo, medio o toda la ley.

Ahora bien, las dificultades para articular una respuesta coherente por parte de la jurisprudencia, reflejan otra vez un problema de diseño institucional. Por ejemplo volviendo al caso italiano, que como experiencia comparada resulta muy interesante porque después del año 2005 Chile se ha acercado bastante a éste, en virtud del artículo 23 de la ley 87/1953 es el juez quien debe justificar que en la especie concurre este requisito, porque resulta obvio que es él quien mejor sabe si la norma va a resultar relevante para fallar el asunto en cuestión. Lo mismo sucede en el caso español, donde el

---

<sup>409</sup> Así por ejemplo, en la sentencia 3362 de 1999 autos caratulados “Sociedad Agrícola del Castillo c. Fisco de Chile”:

“5° Que, en esas condiciones, como aparece que el recurrente pretende que este tribunal analice una parte de una determinada disposición legal y resuelva que es contraria a la Constitución Política de la República; el presente recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad no resulta procedente y debe ser declarado inadmisibles”.

<sup>410</sup> Cfr. Cerri, A., *Corso di giustizia Costituzionale*, Giuffrè Editore, Milano (2004), p. 144.

artículo 35.2 de la LOTC dispone que el juez de instancia debe “justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión”. Incluso en este caso se establece como garantía adicional de buen funcionamiento del sistema, la exigencia de que el juez sólo podrá plantear la cuestión de inconstitucionalidad, una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia.

En Chile nada de esto sucedía, pues el juez que conocía del proceso principal no cumplía ningún papel en la tramitación del recurso de inaplicabilidad, y por tanto, lo que hacía la Corte Suprema era un poco “filtrar a ciegas”, apoyándose en criterios que no aportaban muchas luces para los usuarios del sistema y, lo que era peor, utilizando ésta como vía principal para evitar en la medida de lo posible pronunciarse sobre los requerimientos que le eran sometidos a su conocimiento. Volveremos sobre esto a propósito de la actual inaplicabilidad.

### **5.3.3 Desconexión con los procedimientos de tutela subjetiva de derechos fundamentales**

Otro aspecto que resulta tremendamente relevante en nuestro análisis, es cómo los distintos procedimientos que tutelan jurisdiccionalmente los derechos se comunican entre ellos. En este periodo era interesante preguntarse acerca de la compatibilidad del recurso de inaplicabilidad con el recurso de protección, teniendo presente que se produce una intersección parcial entre ellos en lo relativo al parámetro de control que utilizan, e incluso porque en algunos casos resolvía el mismo tribunal, dado que el tribunal que conoce en segunda instancia de los recursos de protección es el mismo que conocía en única instancia del recurso de inaplicabilidad.

Por estas razones, es natural pensar que pudieren haber existido relaciones entre ambos. Sin embargo, nunca se produjo tal vinculación entre el control de constitucionalidad *ex post* y el procedimiento jurisdiccional para la tutela de los derechos fundamentales más utilizado del ordenamiento jurídico. Al respecto,

es destacable el hecho de que a pesar de que los textos guardaban silencio en este punto, fue la misma jurisprudencia la que negó todo nexo entre estos dichos procedimientos. Sin embargo, gran parte de la responsabilidad es adjudicable al constituyente, pues es justamente en los textos donde se deben establecer las soluciones con claridad. Al respecto, Bordalí sostiene que al respecto ni siquiera hubo un mínimo intento de coordinación por parte del constituyente, en el sentido de prever la manera respecto de cómo se vertebrarían las acciones constitucionales para la tutela de los derechos fundamentales, con el recurso de inaplicabilidad<sup>411</sup>.

Como ya hemos visto anteriormente, la cuestión no es trivial. Ya sabemos las deficiencias de que adolece el recurso de protección y justamente ahí radica la importancia de la cuestión, en la medida que estas deficiencias podrían haber sido conjuradas en interacción con los otros mecanismos que existían en el ordenamiento jurídico, aportando mayor certeza y regularidad en su práctica jurisprudencial. Pero por otra parte, también la jurisdicción de protección pudo haber sido entendida como una invitación para que la Corte Suprema hubiera mantenido cierta “unidad de vida” cuando enjuiciaba la constitucionalidad de las leyes.

Ahora bien, las relaciones entre estos dos procedimientos (y por extensión a cualquier otro que tutele derechos fundamentales) podrían haberse dado de dos maneras: primero, cabe preguntarse si era posible plantear inaplicabilidad en el marco de un recurso de protección, y en segundo lugar, a propósito de la aplicación de la jurisprudencia generada en un procedimiento al otro, es decir, la cuestión es si la jurisprudencia que generaba el recurso de inaplicabilidad podía ser aprovechada por los mismos tribunales para dotar de contenido a los derechos fundamentales a través del recurso de protección y viceversa. En relación a lo primero, señala Saenger que en la década de 1980 si bien no había una doctrina consolidada, era bastante frecuente que los recursos de inaplicabilidad interpuestos en el contexto de un recurso de protección fueran declarados admisibles. Sin embargo, a mediados de la década de 1990 con el establecimiento de la implementación

---

<sup>411</sup> Cfr. Bordalí, A., “La tutela de los derechos fundamentales bajo un sistema dual de justicia constitucional”, en Bordalí, A. (coord.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 2ª edición, Lexis Nexis, Santiago de Chile (2007), p.36.

de las salas especializadas en la Corte Suprema, la sala constitucional comenzó a modificar esta doctrina y a declarar inadmisibles dichos recursos. La verdad es que la razón para proceder de esta manera nunca estuvo muy clara. El mismo autor cita textualmente y sin mayor análisis los fragmentos pertinentes de algunas de estas sentencias, pero en ninguna de ellas el motivo de las inadmisiones se encuentra delimitado con exactitud<sup>412</sup>.

En otro trabajo junto a Guillermo Bruna, el mismo Saenger se atreve a explicar las razones de las inadmisibilidades; creemos que están lejos de lograrlo. Ellos sostienen que la respuesta que dicho tribunal ha ido construyendo en sus sucesivas sentencias, pasa por concebir al recurso de protección como un medio para la tutela de los derechos fundamentales que solo procede ante la presencia de determinados requisitos. Por ello, cuando se presenta un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones respectiva, ésta nada más analiza si el acto fue o no arbitrario e ilegal, “de este modo, la inaplicabilidad de un precepto legal sería inconducente, por cuanto pretendería que se hiciera un pronunciamiento sobre un precepto *que no resuelve* el asunto o gestión”<sup>413</sup>.

Ahora bien, la verdad es que el argumento es poco claro. Creemos que la única chance de poder desvincular tranquilamente ambos procedimientos, sería entender que el recurso de protección tuviera un parámetro de control basado, única y exclusivamente en la Constitución. Allí obviamente, la referencia a una posible ley inconstitucional se vuelve innecesaria, o si se quiere, irrelevante. No obstante, sabemos ya que esto no es cierto y que la configuración del recurso de protección vincula irremediamente inconstitucionalidad con ilegalidad<sup>414</sup>. De esta manera, sin perjuicio de que más atrás hemos criticado la asociación de este binomio inconstitucionalidad-ilegalidad, aquí, más que un inconveniente habría sido una poderosa razón para que ambos procedimientos se encuentren conectados de alguna forma, precisamente con miras a ayudar a solucionar esta deficiencia.

---

<sup>412</sup> Inversiones Forestales C.C.A. 23.118 de 10 de noviembre de 1995, Primo Corral y otros, rol 23.342, de 1º de diciembre de 1995 y Banco ABN Amro rol 34.024 de 5 de julio de 1996.

<sup>413</sup> Saenger, F., y Bruna, G., *Inaplicabilidad por inconstitucionalidad...*, Cit., p. 120.

<sup>414</sup> Véase *supra* 3.5.7.3

Por cierto, no nos olvidemos que esta jurisprudencia de la Corte Suprema unida a la ya examinada en materia de inadmisibilidad del recurso de protección ha producido efectos verdaderamente nocivos. En síntesis, el resultado final contribuyó a desdibujar aún más la figura de la protección, convirtiéndola en una *rara avis* dentro del esquema tradicional de manifestaciones de la actividad jurisdiccional, sobre todo teniendo en cuenta que el recurso de inaplicabilidad incluso había sido declarado admisible cuando se había interpuesto en actos de jurisdicción voluntaria. En conclusión, pareciera ser que la interacción de la inaplicabilidad con la protección termina por situar a éste último, y conjuntamente con éste a los recursos de amparo y amparo económico, fuera de la categoría de actividad jurisdiccional.

En relación a la segunda pregunta, como ya se puede adivinar, el diálogo entre tribunales (o entre jurisdicciones cuando estaba a ambos lados la Corte Suprema) fue inexistente. La verdad es que nunca se pensó por parte de la jurisprudencia, que podía haber entre ambos procedimientos una mayor conexión que el hecho de que uno pudiera haber servido como presupuesto procesal del otro (sin perjuicio de que como ya vimos, la cuestión fue saldada de manera unánime por la Corte Suprema). En este sentido, la jurisprudencia generada, tanto en sede de protección como de inaplicabilidad, jamás tuvo una pretensión de validez más allá del caso concreto para la cual se pronunciaba.

### **5.3.4 Supremacía constitucional solo aparente**

Una de las críticas recurrentes en los trabajos publicados en la década de 1990 era que la inaplicabilidad era un ineficiente mecanismo de control de constitucionalidad. El principal argumento era alto grado de recursos fallados rechazando la solicitud de inaplicabilidad, lo que en la práctica se tradujo en que las veces en que existía sentencia condenatoria eran absolutamente ínfimas.

Eugenio Valenzuela, a comienzos de la mencionada década, presenta datos que comprueban con números la intuición de la

doctrina<sup>415</sup>. Dicho autor, al estudiar las estadísticas de la Corte Suprema durante los 10 primeros años de funcionamiento del recurso, pone en evidencia el escaso impacto que tuvo su inserción en el ordenamiento jurídico. En términos cuantitativos las cifras por sí solas ahorran cualquier comentario. No obstante ello, incluso agrega que además desde un punto de vista cualitativo, “las sentencias han sido de escaso interés y los motivos de inconstitucionalidad más alegados se han concentrado, básicamente, en los preceptos constitucionales relativos a la igualdad ante la ley, el derecho de propiedad, la irretroactividad de los delitos y las penas y atribuciones que son propias del poder judicial”<sup>416</sup>. A modo de paréntesis, llama la atención que el autor califique como “de escaso interés constitucional” una cuestión tan relevante como la igualdad ante la ley; el tema se encuentra estudiado en profundidad en uno de los trabajos de Fernando Atria antes citado<sup>417</sup>, luego de su lectura, más que concluir que la jurisprudencia carece de relevancia, se debería decir que esta es otra prueba del fracaso de la inaplicabilidad.

Volviendo a los números, similar situación a la anteriormente descrita es la denunciada por Gastón Gómez a mediados de la década de los noventa. El mencionado autor estudia la jurisprudencia del periodo comprendido entre los años 1990 a 1996,

---

415

Año	Total sentencias	Recursos de inaplicabilidad	Acogidos	Rechazados	Inadmisibles	Desistidos	Archivados
1980	2765	21	1	17	3	0	0
1981	2863	12	2	2	4	4	1
1982	3162	14	0	9	2	2	14
1983	3882	59	3	39	1	2	12
1984	4033	48	5	26	0	5	0
1985	4012	12	2	10	0	0	0
1986	4738	10	2	6	2	0	0
1987	4951	26	2	17	2	3	2
1988	4467	29	0	11	6	10	2
1889	3610	13	0	4	2	5	2

- (1) Los años 1983 y 1984 las estadísticas de la Corte Suprema incluían en una misma glosa los recursos de inaplicabilidad, conjuntamente con otra categoría denominada "reclamaciones y otros asuntos", razón por la cual las cifras que aparecen esos años no corresponden sólo a recursos de inaplicabilidad.

<sup>416</sup> Valenzuela, E., “Labor jurisdiccional de la Corte Suprema. Ámbito de su competencia en la práctica y funciones de sus ministros en otros organismos”, en *Estudios Públicos*, núm. 40 (1990), pp. 153-154.

<sup>417</sup> Atria, F., *Los peligros de la Constitución*, *Cit. passim*.



y su muestra considera alrededor de 600 recursos interpuestos. En este contexto, el número de recursos acogidos asciende a nada más 15 casos y más del 50% de los casos han terminado archivados y sin sentencia definitiva, siendo este el modo más común de término del procedimiento<sup>418</sup>. En otro estudio, el mismo autor señala que la inaplicabilidad está bastante concentrada en resolver situaciones puntuales relativas al Decreto Ley 2695<sup>419</sup>, lo que se traduce en un porcentaje de un 47% del total<sup>420</sup>.

A la hora de sacar conclusiones a la luz de estos datos, las interpretaciones de fueron variadas. Así por ejemplo, el mismo Gómez sospecha que el recurso de inaplicabilidad había terminado completamente desvirtuado y alejado de su finalidad original y se usaba por los abogados con un afán meramente dilatorio<sup>421</sup>. Carocca, llega a la misma conclusión, no obstante, atribuye esta situación al exagerado espíritu formalista de la Corte Suprema<sup>422</sup>. Otro autor, Lautaro Ríos, atribuye este fracaso a los problemas de diseño del mecanismo<sup>423</sup>. La cuestión sin duda no es sencilla, creemos que todos ellos tienen algo de razón. Sin duda, se trataba de un problema complejo desde el punto de vista etiológico. Pero lo importante de todo esto era que, más allá de las interpretaciones concretas que cada autor podía hacer, la conclusión categórica que se podía sacar en limpio, era que el panorama nuevamente volvía a ser desolador. En consecuencia, comenzó a sonar fuerte el clamor de una reforma constitucional. Esta vez, incluso desde la política

---

<sup>418</sup> Gómez, G., “Algunas ideas críticas...”, Cit., p. 277.

<sup>419</sup> El Decreto Ley N° 2695 de 1979, fija normas para regularizar la posesión de la pequeña propiedad raíz y para la constitución del dominio sobre ella. En la práctica el problema se produce por que establece requisitos más laxos que el Código Civil para la adquisición de inmuebles por prescripción para quienes posean de buena fe estos inmuebles, con la finalidad de solventar el problema de la alta cantidad de bienes raíces que no estaban incorporados al sistema de registro de la propiedad.

<sup>420</sup> Gómez, G., *La jurisdicción constitucional: funcionamiento de la acción o recurso de inaplicabilidad, crónica de un fracaso*, Centro de Investigaciones Jurídicas Universidad Diego Portales, Santiago de Chile (1999), p. 75

<sup>421</sup> Gómez, G., “Algunas ideas críticas...”, Cit., p. 277.

<sup>422</sup> Cfr. Carocca, A., “La Corte Suprema y sus competencias en Chile. Reflexiones sobre las funciones de la Corte Suprema”, *Ius et Praxis*, año 4, núm. 1 (1998), p. 212.

<sup>423</sup> Ríos, L., “La jurisdicción constitucional en Chile. Su distribución entre la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional”, en *Ius et Praxis*, año 4, núm. 1(1998), p.325.

contingente parecían prestar oído a las quejas que provenían de la academia. Así por ejemplo José Antonio Viera Gallo, que en aquella época era Senador, expresaba: “[e]l recurso de inaplicabilidad presenta falencias importantes, fundamentalmente a su falta de seguridad jurídica y efecto parcial. Ello requiere un perfeccionamiento que debiera orientarse (...) por la vía de otorgar al Tribunal Constitucional un control de constitucionalidad represivo con efectos *erga omnes*, que complemente su función preventiva”<sup>424</sup>.

### **5.3.5 Problemas del control preventivo del Tribunal Constitucional**

Como hemos visto anteriormente, es frecuente encontrar en la doctrina de mediados de la última década del siglo XX y comienzos de la primera del siglo actual críticas al recurso de inaplicabilidad como el chivo expiatorio de los problemas de que adolecía la jurisdicción constitucional en Chile. Por el contrario, la doctrina fue indulgente con el Tribunal Constitucional. En este apartado no pretendemos comentar la labor del Tribunal Constitucional en general, sino más bien en lo que dice relación con su intervención en el sistema de garantías de los derechos fundamentales. Ello no es poco. En el estadio actual de evolución del Derecho constitucional, es tal vez esta la función que concentra gran parte de la actividad de dicho órgano. Sin embargo, en el caso chileno esta función se ha ejercido más o menos con propiedad solo a partir de la reforma constitucional de 2005. Con anterioridad a esta fecha, la jurisprudencia fue en realidad bastante escasa. La escasa actividad del Tribunal en materia de derechos fundamentales previo a la reforma de 2005 queda de manifiesto, cuando uno de los autores que han reivindicado con mayor énfasis la obra del Tribunal Constitucional en este ámbito, enumera las sentencias que en su opinión son relevantes (por no decir las únicas) y el resultado son

---

<sup>424</sup> Viera- Gallo, J., “Revisión de las competencias del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema en Chile”, en *Ius et Praxis*, año 4, núm. 1(1998), p.342.

13 sentencias en 25 años<sup>425</sup> y respecto de varias de ellas, es bastante discutible que sean un aporte al desarrollo de la dogmática de los derechos fundamentales.

Lo cierto es que hasta la reforma constitucional de 2005, el Tribunal estuvo abocado a la resolución de cuestiones relativas a la parte orgánica de la Constitución. De hecho otro autor, Miguel Fernández se muestra sorprendido de la evolución que ha vivido el Tribunal Constitucional en los últimos años, destacando justamente que este mismo tribunal en su primera etapa, a comienzos de los años 70, fue concebido como un tribunal de raigambre netamente kelseniano, carácter que mantuvo luego de su reimplantación en 1980<sup>426</sup>. Aunque reconoce que ya a partir de mediados de la década de 1990 ya se comenzaban a observar algunos rasgos de la posición que adoptaría con la reforma constitucional de 2005, donde se perfila como un tribunal casi exclusivamente dedicado a la protección de los derechos fundamentales.

Pero para ser justos, durante la dictadura el Tribunal Constitucional redactó un trío de heroicas sentencias, que sin duda alguna contribuyeron a la recuperación de la democracia y que precisamente dicen relación con la protección de derechos fundamentales de contenido político. La primera, es la recordada rol 33-1985, en virtud de la cual declara inconstitucional el artículo 11 transitorio de la Ley Orgánica del Tribunal Calificador de Elecciones y de esta manera exige la constitución de una justicia electoral efectiva para los actos de votación popular que permitieron el fin del gobierno militar y las reformas constitucionales de 1989. Aunque esta sentencia no invoca directamente los derechos fundamentales de sufragio activo y pasivo, de manera indirecta ellos están presentes en el razonamiento del Tribunal, en la medida en que la justicia electoral representa la principal institución concebida para su protección.

La segunda sentencia importante de este periodo es la rol 38 – 1986, sobre la Ley Orgánica Constitucional sobre Sistema de

---

<sup>425</sup> Cfr. Zapata, P., *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el Derecho chileno y comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile (2008), pp. 570 – 571.

<sup>426</sup> Cfr. Fernández, M., “La sentencia...”, Cit., pp. 126 – 129.

Inscripciones Electorales y Servicio Electoral. Dicha ley entregaba en su artículo 53 letra h), una facultad amplia al Director del Registro Electoral para estimar configurada una causal legal que permitiría excluir ciudadanos del censo electoral<sup>427</sup>. Al respecto, son particularmente relevantes los fundamentos 24 y 25, donde se señala que la mencionada ley vulnera los incisos 1° y 5° del artículo 19 N° 3° de la Constitución (derecho al debido proceso o si se quiere tutela judicial efectiva), porque: “no establece normas que le aseguren a quien resulte afectado por la resolución del Director del Servicio Electoral un justo y racional procedimiento, ya que no contempla, entre otras garantías, ni el emplazamiento a la persona respectiva, ni la oportunidad para defenderse ni tampoco la posibilidad de deducir recurso alguno ante otra autoridad para reclamar de una eventual cancelación indebida”.

Por último, otra sentencia importante es la rol 43-1987 sobre la Ley Orgánica de Partidos Políticos. En dicha oportunidad el tribunal declaró inconstitucional, entre otros, los artículos 47 y 48 de dicha ley que, interpretado en relación al artículo 2° del mismo cuerpo legal, disponía que los partidos políticos que no propendan a la “defensa de la soberanía, independencia y unidad de la nación o no contribuyan a preservar la seguridad nacional, los valores esenciales de la tradición chilena y la paz social”, podrían ser disueltos por el Director Nacional del Servicio Electoral. En esta sentencia el Tribunal Constitucional pone énfasis en los problemas de tipicidad de las conductas y nuevamente reivindica el derecho al debido proceso, en razón de que la referida ley “no establece normas que le aseguren al partido político en formación que resulte afectado un justo y racional procedimiento, ya que no contempla ni el emplazamiento de dicho partido en formación ni tampoco la oportunidad para defenderse” (considerandos 58-63).

Ciertamente en estas tres sentencias citadas, el Tribunal Constitucional estuvo a la altura de las circunstancias y en gran medida gracias a ellas fue posible la existencia de un marco jurídico para los actos de participación popular que significaron la recuperación de la democracia entre los años 1988 y 1989. No obstante, producto de la ambigüedad de la época, también en este

---

<sup>427</sup> "Por otras causales que señale esta ley o que se configuren por haberse practicado la inscripción electoral en contravención a ésta".

periodo existen sentencias lamentables que desde el punto de vista de los derechos políticos significaron un franco retroceso. Así por ejemplo, la rol 21-1985, que declara la inconstitucionalidad de varias organizaciones de oposición al régimen y la extraña sentencia rol 46-1987 que declaraba responsable de infringir el artículo 8° de la Constitución a Clodomiro Almeida, Presidente del Partido Socialista, y que le sancionaba con una inhabilidad para optar a funciones o cargos públicos, sean o no de elección popular, por el término de diez años y una serie de prohibiciones adicionales tales como: ser rectores o profesores de instituciones de enseñanza, explotar un medio de comunicación social, ser dirigentes de organizaciones políticas o relacionadas con la educación o de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindical, estudiantil o gremial en general<sup>428</sup>.

Lamentablemente una vez recobrada la democracia, el Tribunal Constitucional pasó a ser un actor de segunda categoría. Esto se explica en gran parte, porque los militares seguían teniendo injerencia en la designación de sus miembros<sup>429</sup>. Ello permite

---

<sup>428</sup> Rectificada posteriormente en virtud de la sentencia rol 113 de 1990.

<sup>429</sup> El artículo 81 de la Constitución, disponía:

“Habrá un Tribunal Constitucional integrado por siete miembros, designados en la siguiente forma

- a) Tres ministros de la Corte Suprema, elegidos por ésta, por mayoría absoluta, en votaciones sucesivas y secretas;
- b) Un abogado designado por el Presidente de la República;
- c) Dos abogados elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional;
- d) Un abogado elegido por el Senado, por mayoría absoluta de los senadores en ejercicio.

Las personas referidas en las letras b), c) y d) deberán tener a lo menos quince años de título, haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública, no podrán tener impedimento alguno que las inhabilite para desempeñar el cargo de juez, estarán sometidas a las normas de los artículos 55 y 56, y sus cargos serán incompatibles con el de diputado o senador, así como también con la calidad de ministro del Tribunal Calificador de Elecciones. Además, en los casos de las letras b) y d), deberán ser personas que sean o hayan sido abogados integrantes de la Corte Suprema por tres años consecutivos, a lo menos.

Los miembros del Tribunal duraran ocho años en sus cargos, se renovaran por parcialidades cada cuatro años y serán inamovibles.

Les serán aplicables las disposiciones de los artículos 77, inciso segundo, en lo relativo a edad y el artículo 78.

Las personas a que se refiere la letra a) cesaran también en sus cargos si dejaren de ser ministros de la Corte Suprema por cualquier causa.

entender en gran medida su comportamiento durante la década de 1990. En dicha época, las sentencias del Tribunal Constitucional que dicen relación con derechos fundamentales versan básicamente sobre materias económicas. Así por ejemplo son particularmente representativas de este periodo las los asuntos conocidos como “letreros camineros 1 y 2”<sup>430</sup>, “acceso a las playas”<sup>431</sup> y “deuda subordinada”<sup>432</sup>. Todas ellas contienen precisiones sobre los derechos a la libre iniciativa económica y el derecho de propiedad, aunque también se extienden sobre aspectos de garantía de los derechos como por ejemplo la posibilidad de que los derechos sean regulados por la potestad reglamentaria del Presidente de la República o la cláusula del contenido esencial.

Así las cosas, queda claro que al menos en lo que dice relación con los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional no tuvo una participación muy destacada. Es indiscutible que la cifra de 13 sentencias en 25 años que abordaron, con distinto grado de profundidad y acierto, cuestiones relativas a los derechos fundamentales es claramente representativa de que las cosas no funcionaban nada bien en el Tribunal Constitucional. Sin perjuicio de que el sólo análisis cuantitativo no es por sí mismo suficiente, y una suma elevada de sentencias no es por sí sola garantía de una auténtica jurisdicción constitucional que tutela derechos de manera efectiva, la ausencia de actividad jurisdiccional sí que es altamente indicativa de que hay un fallo en el sistema, sobretudo en un ámbito como la justicia constitucional y en un contexto como tan necesario como la transición chilena a la democracia.

Una primera explicación que surge casi de manera natural entre los autores, es atribuir esta escasa presencia de los derechos

---

En caso de que un miembro del Tribunal Constitucional cese en su cargo, se procederá a su reemplazo por quien corresponda de acuerdo con el inciso primero de este artículo y por el tiempo que falte al reemplazado para completar su período.

El quórum para sesionar será de cinco miembros. El Tribunal adoptará sus acuerdos por simple mayoría y fallará con arreglo a derecho.

Una ley orgánica constitucional determinará la planta, remuneraciones y estatuto del personal del Tribunal Constitucional, así como su organización y funcionamiento”.

<sup>430</sup> Sentencias rol 146-1992 y 167-1992.

<sup>431</sup> Sentencias rol 245-1996 y 246-1996.

<sup>432</sup> Sentencia rol 216-1995.

fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a las reducidas atribuciones que dicho órgano poseía en este periodo. Así por ejemplo, esta parece ser la respuesta que da Gastón Gómez al sostener que de acuerdo a las atribuciones que posee y a la naturaleza del control que ejerce “este TCCH está lejos, teóricamente, del papel que (...), debe comprender una auténtica jurisdicción constitucional”<sup>433</sup>. Obviamente, no se puede sino estar de acuerdo en que un Tribunal Constitucional relegado a la posición de árbitro entre mayorías y minorías en el proceso de formación de la ley, tendrá una incidencia mucho menor a la hora de tratar cuestiones sustantivas. Pero en el caso chileno ello no fue tan así, pues no hay que olvidarse que en el Tribunal Constitucional éste tiene atribuida la competencia de controlar obligatoriamente la constitucionalidad de las leyes interpretativas de la Constitución y las leyes orgánicas constitucionales. En este punto, el Tribunal Constitucional ha sido siempre soberano para decidir qué controlar, en la medida de que ha adoptado un criterio bastante laxo de Ley Orgánica, que en la práctica hizo que ante cualquier caso dudoso, la respectiva Cámara remitiese el proyecto al tribunal para su control.

En el siguiente cuadro se puede observar cómo el control obligatorio ocupó en este periodo gran parte de la actividad del Tribunal Constitucional:

**Fig. 1 Actividad del Tribunal Constitucional desglosada por materia periodo 1981-2000**

<b>Año</b>	<b>Control obligatorio de constitucionalidad</b>	<b>Control facultativo de constitucionalidad</b>	<b>Otros requerimientos</b>
1981	9	1	0
1982	4	1	0
1983	1	1	2
1984	3	2	0
1985	8	0	2
1986	6	0	0
1987	6	1	1

<sup>433</sup> Gómez, G., “Algunas ideas sobre la jurisdicción...”, Cit., p.272.

1988	12	0	0
1989	28	1	0
1990	23	1	2
1991	18	2	1
1992	18	4	1
1993	12	0	3
1994	19	2	3
1995	18	7	1
1996	14	5	3
1997	13	3	4
1998	9	2	0
1999	18	0	2
2000	12	0	4

De esta manera se puede ver que no era cierto que el tribunal careció de oportunidades para pronunciarse respecto de cuestiones derechos fundamentales. Si solo contamos los casos de control obligatorio de constitucionalidad que es donde el Tribunal Constitucional estaba en posición de controlar cualquier parte de la ley en cuestión y no sólo eso, sino también utilizar el parámetro de control que estimase pertinente de manera discrecional, el total asciende a 251 casos. Pues bien, si en este contexto solo hay 13 casos relevantes, ello significa inequívocamente que el Tribunal Constitucional evitó utilizar el capítulo tercero de la Constitución. Esto sin duda, refleja un problema de fondo que en este caso va más allá de las atribuciones que le concedía la Carta Fundamental y lógicamente aquí tocaba preguntarse el por qué y buscar soluciones. La oportunidad, por cierto era la reforma constitucional de 2005

#### **5.4 La reforma constitucional de 2005 en materia de justicia constitucional**

Una vez determinado el estado de la cuestión, era claro el camino que se debía seguir. No obstante, hoy la justicia constitucional sigue



planteando problemas en lo que dice relación con la tutela de los derechos fundamentales a pesar de la reforma de 2005. Por esta razón tienen mucho sentido detenerse en analizar cómo se discutió y aprobó dicha reforma.

La Ley N° 20.50, que establece la reforma a la Constitución más importante desde su aprobación, contemplaba una diversidad de materias que cruzaban todo el articulado constitucional. Nosotros consecuentemente con nuestro objeto de estudio, nos abocaremos a comentar solamente las relacionadas con las atribuciones de control de constitucionalidad. Dicha reforma constitucional fue iniciada en el año 2000 en virtud de dos proyectos de ley<sup>434</sup>, uno presentado por la oposición de la época y otro por parlamentarios de Gobierno. Ambas mociones reflejaban un alto grado de coincidencia en algunas materias, aunque otras eran abordadas con distintos acentos.

El primer proyecto, presentado por los partidos de la Alianza por Chile, estaba redactado en un tono más conservador. En líneas generales reivindicaba el éxito de la Constitución de 1980 y planteaba que era un modelo que había que mantener, no obstante perfeccionar en algunos aspectos puntuales. La moción estaba firmada por los Senadores señores: Chadwick, Díez, Larraín y Romero, y las principales materias sobre las que versaba eran: la composición y atribuciones del Congreso Nacional, la aprobación de los tratados internacionales y la integración y funciones del Tribunal Constitucional.

En su exposición de motivos, el proyecto indica que su finalidad principal es cerrar la transición a la democracia y perfeccionar las instituciones. Por supuesto, dentro de esta genérica denominación, un lugar destacado dentro de su articulado debería estar reservado a la eliminación de los mecanismos contra mayoritarios que contemplaba el texto original de la Constitución, aunque sorprendentemente no contemplaba disposición alguna que hiciera referencia a la escandalosa presencia de las Fuerzas Armadas en las instituciones civiles. Así las cosas, el proyecto comienza dando una visión bastante optimista de lo que ha significado la Constitución de 1980 para la consolidación de la democracia y la protección de los

---

<sup>434</sup> Boletines 2526-07 y 2534-07.

derechos fundamentales. Para luego dar a conocer los aspectos, que en criterio de los legisladores, “necesitan perfeccionarse”.

En este sentido, el proyecto propone en el caso del Senado, que la totalidad de sus miembros sean elegidos por votación popular. En cuanto al Tribunal Constitucional plantea modificar la forma de designación de sus miembros eliminando las facultades de las Fuerzas Armadas en la designación de los magistrados<sup>435</sup>, subir los quórum necesarios para aprobar las leyes orgánicas constitucionales, como de igual forma elevar los quórum de las materias que afecten el orden público económico, aumentar las facultades fiscalizadoras de la Cámara de Diputados, entre otras materias. La exposición de motivos finaliza señalando que en relación a las atribuciones de dicho órgano, se plantea “ampliar su competencia con el objeto de que pueda controlar la constitucionalidad de los auto acordados de la Corte Suprema y de los tratados internacionales”. De la misma manera pretende “transferir el recurso de inaplicabilidad de la Corte Suprema al Tribunal Constitucional, dando vida con ello a una jurisprudencia constitucional especializada y uniforme”, aunque el proyecto solamente contemplaba una simple transposición, en términos textuales, del antiguo recurso de inaplicabilidad que se contenía en el artículo 80 de la Constitución, al artículo que establece las atribuciones del Tribunal Constitucional.

El segundo proyecto, que correspondía a los partidos de Gobierno de la época, se inició con una moción presentada por los Senadores: Bitar, Silva, Hamilton y Viera-Gallo. Carecía de exposición de motivos, no obstante de su lectura se desprende que pretendía poner en discusión un paquete de reformas más amplios y sustanciales, que tocaba todos los temas que se contenía en el proyecto de la oposición, pero que además agregaba otras cuestiones tales como: contemplar un reconocimiento constitucional de los pueblos

---

<sup>435</sup> En realidad era el Consejo de Seguridad Nacional, que era un órgano que asesoraba al Presidente de la República en materias de seguridad nacional, quien debía designar a dos miembros del Tribunal. Dicho órgano estaba integrado por: el Presidente de la República, los Presidentes del Senado y la Cámara de Diputados, el Presidente de la Corte Suprema, el Contralor General de la República, Los Comandantes en Jefe del Ejército, Armada y Fuerza Aérea y el Director General de Carabineros.

originarios, sistema electoral en las elecciones parlamentarias o el rol de las Fuerzas Armadas en el proceso democrático.

En lo que dice relación con el Tribunal Constitucional, en la moción igualmente se propone robustecer el ámbito del control obligatorio de constitucionalidad agregándose en al artículo 82 N° 1 atribuciones para controlar los tratados internacionales antes de su ratificación y los autos acordados de los Tribunales superiores de Justicia y de los Tribunales de Justicia Electoral, como asimismo los reglamentos de los órganos constitucionales autónomos. En cuanto a las atribuciones de control a *posteriori* contempla idéntica disposición que el otro proyecto: una transcripción textual de la norma relativa al recurso de inaplicabilidad.

Como se puede observar, ambas iniciativas reflejaban un alto grado de coincidencia en cuanto a las reformas propuestas al Tribunal Constitucional, y en general, al sistema de justicia constitucional. No obstante, llama la atención como en ninguno de los dos proyectos existe una explicación coherente de los problemas que presentaba el recurso de inaplicabilidad cuando era competente para conocer de él la Corte Suprema, ni cómo con la simple medida de “cambiar de Tribunal” se solucionarían estos problemas. Por ello es interesante desde nuestro punto de vista revisar los momentos más importantes de la discusión parlamentaria.

En la discusión en particular, en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, se tuvo a la vista y se explicó brevemente a los Parlamentarios los modelos de justicia constitucional vigentes en: Alemania, Colombia, España, Francia e Italia. Sin embargo, no queda claro el sentido de esta exposición, pues en el debate no vuelve a aparecer luego ninguna referencia al Derecho comparado. Acto seguido, se hizo una reseña histórica de la jurisdicción constitucional en Chile. Para el debate, se convocó a las reuniones de la Comisión, además de los Parlamentarios, a los Magistrados del Tribunal Constitucional: Eugenio Valenzuela y Juan Colombo. También al debate se adjuntaron sendos informes de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional.

En esta instancia, los proyectos que como vimos eran sustancialmente coincidentes, se fusionaron y se introdujeron algunas enmiendas claves en el texto refundido que surgió

finalmente de la Comisión. En síntesis, la discusión estuvo centrada en el tema de la integración y el nombramiento de los magistrados y la verdad es que el debate entre los Parlamentarios acerca de las modificaciones de fondo que proponía el proyecto fue inexistente.

En este marco, las observaciones de mayor relevancia fueron las que formuló el magistrado del Tribunal Constitucional don Eugenio Valenzuela, pues fueron las que finalmente terminaron convirtiéndose en las indicaciones que la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado formuló al proyecto en esta etapa. Al respecto, señala Valenzuela que básicamente está de acuerdo en que el recurso de inaplicabilidad debiera pasar desde la Corte Suprema al Tribunal Constitucional, pero debería hacerlo “dividido en dos tipos de acciones, una de inaplicabilidad y otra de inconstitucionalidad”<sup>436</sup>. Con respecto a la acción de inaplicabilidad, ésta se debería regular como lo hacen los dos proyectos de ley, es decir, en los mismos términos en que está concebida actualmente en el artículo 80 de la Constitución y de ella debería conocer el Tribunal en sala. No obstante, agrega que sería conveniente además consagrar, en manos del Tribunal Constitucional, una segunda acción, esta vez de inconstitucionalidad, la que sería procedente “después de tres fallos uniformes en recursos de inaplicabilidad distintos”<sup>437</sup>, y que una vez acogida, tendría como consecuencia que el precepto legal impugnado quede sin efecto con carácter general siendo éste expulsado del ordenamiento jurídico.

También a estos efectos resulta relevante el informe del Tribunal Constitucional, que se expresaba más o menos en el mismo sentido que la opinión citada del magistrado Valenzuela. Con estas dos intervenciones y otra de la Corte Suprema que se mostraba en oposición con la reforma, se procedió a discutir el texto que se presentaría a la sala para su aprobación. Sin mayor debate, se acordó incorporar las observaciones. Además la Comisión estuvo de acuerdo en ampliar el ámbito del control previo y obligatorio.

---

<sup>436</sup> Véase. “Historia de la Ley N° 20.050 que modifica la composición y atribuciones del Congreso Nacional, la aprobación de los tratados internacionales, la integración y funciones del Tribunal Constitucional y otras materias que indica”, p. 544. Disponible online en la Biblioteca del Congreso Nacional en la siguiente dirección: <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20050/HL20050.pdf>

<sup>437</sup> *Ibíd.*

El trabajo de la Comisión recogió sobradas alabanzas cuando el proyecto que redactó pasó a la Sala para su discusión en general y en particular. Sin embargo, al menos en los artículos relativos al Tribunal Constitucional, resultaba evidente su falta de rigor técnico. Es Aldunate quien resume con mayor lucidez todos los problemas de que adolece el proyecto de la Comisión. Al respecto señala dicho autor, que llama la atención que la Comisión no comience por un estudio acabado del estado de la cuestión y se limite a una exposición parcial y selectiva en razón de criterios no expresados del Derecho comparado, sobre integración y atribuciones de distintos órganos de jurisdicción constitucional. En este sentido, la mirada al Derecho comparado, según Aldunate, carece de utilidad si no va acompañada de una explicación sobre los principios que justifican las opciones normativas de los ordenamientos jurídicos observados<sup>438</sup>.

A la luz de todo lo señalado, no se puede sino estar de acuerdo con lo expresado por dicho autor, en el sentido de que los problemas de que adolecía el anterior modelo estaban plenamente identificados por la doctrina y su examen por supuesto que representaba un requisito indispensable para comenzar a pensar en soluciones. Así las cosas, resulta claro que el método de trabajo no fue el más adecuado, en el sentido de que el único problema que se aborda, e incluso de una manera más bien instintiva, es el de la dualidad de jurisdicciones. Por supuesto, que si unificamos todas las atribuciones en un solo órgano se soluciona este problema, pero en realidad había bastante más que hacer que reunir todas atribuciones de control de constitucionalidad en el Tribunal Constitucional.

Además, critica también Aldunate que en el nuevo recurso de inaplicabilidad, ahora en manos del Tribunal Constitucional, la sentencia definitiva no posea efectos *erga omnes*. Incluso más, señala que no se entiende cuál es la razón de fondo de la idea de para que haya que esperar tres sentencias en fallos unánimes y uniformes. Expresa que dicha regulación producirá mayores problemas de inseguridad jurídica que los que existen, pues se

---

<sup>438</sup> Cfr. Aldunate, E., "Análisis crítico de las reformas propuestas al Tribunal Constitucional", en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, núm. 212 (2002), pp. 20.

generará una categoría de leyes “sospechosas”<sup>439</sup>. Nosotros volveremos sobre esto luego cuando hagamos el balance de cómo ha quedado el mapa de garantías de los derechos fundamentales y estudiemos las interacciones que se producen entre ellas. Como sea, todo esto demuestra que una vez más se legisló sobre una cuestión que incide directamente en la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales, sin una adecuada reflexión que abra debate acerca de cuál es la mejor manera de protegerlos y en qué medida esta inflación de procedimientos que han ido apareciendo ha contribuido a mejorar su protección.

En el segundo informe de de la Comisión, Legislación y Justicia del Senado el tema se volvió a discutir. El motivo es una indicación del Senador Alberto Espina formulada en la discusión en general, que proponía derechamente eliminar el recurso de inaplicabilidad y transformarlo en una cuestión de constitucionalidad al estilo europeo, dotando a la sentencia de efectos generales. En dicha oportunidad, se debatió sobre la base de unas observaciones planteadas por el profesor Miguel Otero, quien fue invitado especialmente a dicha sesión. Dicho autor criticó la exigencia de un quórum especial para declarar la inconstitucionalidad y sostuvo que más grave aún es el hecho de que los efectos de la sentencia sean distintos que cuando el Tribunal Constitucional ejerce el control previo de constitucionalidad. Reiteró que en este caso, la norma declarada inconstitucional sigue en plena vigencia para todo el resto del país, lo que para él representa un contrasentido y una clara violación a la garantía constitucional de la igualdad ante la ley. Además agregó que es igualmente inexplicable, que para que la norma constitucional pierda su vigencia, se requiera que el Tribunal Constitucional lo declare en pleno y sólo después de tres fallos uniformes adoptados por dos terceras partes de sus miembros<sup>440</sup>

---

<sup>439</sup> Cfr. Aldunate, E., Ob. Cit., pp. 27-28.

<sup>440</sup> “Historia de la Ley N° 20.050...”, Cit., p. 1251.

“6°. Declarar la inconstitucionalidad de todo precepto legal contrario a la Constitución, por motivo de forma o de fondo, a petición de parte. La acción de inconstitucionalidad deberá demostrar que la norma inconstitucional implica una privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de un derecho amparado constitucionalmente y deberá ser patrocinada por abogado habilitado para el ejercicio de la profesión. El Tribunal, de estimar que la acción fue temeraria o claramente infundada, podrá sancionar al requirente con una multa no

El debate que se debería haber generado a partir de las indicaciones de Otero era una magnífica oportunidad para discutir el tema en términos más técnicos. Sin embargo, esta oportunidad nuevamente se desaprovechó. Un claro ejemplo de la poca visión de los parlamentarios se refleja en la defensa que realiza el Senador Moreno del texto aprobado en el primer informe de la misma comisión al señalar no ser partidario de los cambios propuestos por la citada indicación, pues “los textos aprobados sobre la materia en primer informe son fruto de un intenso y prolongado esfuerzo realizado junto a expertos internacionales, miembros del Tribunal Constitucional y otros calificados colaboradores”<sup>441</sup>. Por supuesto que en la indicación del Senador Espina y la intervención del profesor Otero, había aspectos que eran dudosos y otros que claramente suponían problemas, pero lo que es criticable es que también conteniendo cuestiones de extraordinaria relevancia se haya dejado pasar la oportunidad de tratar el tema de una manera más prolija.

Finalizada la discusión de la indicación N° 257, se acuerda rechazarla en términos generales, aunque sí se aprobaron algunas enmiendas al texto original sometido a discusión<sup>442</sup>. Básicamente, éstas consistieron en eliminar, en el párrafo segundo del numeral 6°, la exigencia de que los tres fallos que declaren la inaplicabilidad deban ser unánimes y en establecer que la respectiva declaración de inconstitucionalidad requerirá de los dos tercios de los miembros del pleno del Tribunal. No nos olvidemos que el texto del primer informe, establecía que “después de tres fallos uniformes y unánimes, el Tribunal, en pleno, de oficio o a petición de parte, declarará la inconstitucionalidad del precepto legal respectivo, con efectos generales”<sup>443</sup>.

---

inferior a cinco unidades tributarias mensuales ni superior a veinte, de la cual será solidariamente responsable su abogado patrocinante.

<sup>441</sup> “Historia de la Ley N° 20.050...”, Cit., p. 1255. En sentido se expresa también el senador Aburto, quien señala: “que las modificaciones acordadas en el primer informe al número 6° del artículo 82 fueron exhaustivamente estudiadas y fundamentadas, no divisándose, en consecuencia, razones lo suficientemente justificadas para alterarlas.

<sup>442</sup> “Historia de la Ley N° 20.050...”, Cit., p. 1257.

<sup>443</sup> Así las cosas el texto aprobado en la Comisión resultó del siguiente tenor: “6. ° Declarar la inaplicabilidad de todo precepto legal contrario a la Constitución, por motivo de forma o de fondo, que corresponda aplicar en la decisión de cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial. El Tribunal

De esta manera, el proyecto fue discutido en sala, donde se ratificó el texto aprobado por la Comisión, para finalmente ser enviado a la Cámara de Diputados para su tramitación respectiva. En ésta, en la discusión en general, el texto fue objeto de las agudas observaciones del Diputado Juan Bustos, quien observó que el proyecto en cuestión responde a un diseño absolutamente singular en Derecho comparado, al que no le augura mucho éxito, por esta razón, aboga por un recurso de inconstitucionalidad directo<sup>444</sup>. Sin embargo, en la discusión en particular, nuevamente sin mucho debate, se cambió la redacción innovándose en dos sentidos<sup>445</sup>: se separan definitivamente las atribuciones de control de constitucionalidad *ex post* en dos numerales (6° y 7° del artículo 93, respectivamente) y se elimina la exigencia de tres sentencias uniformes como requisito para declarar la inaplicabilidad. Luego, en el segundo informe de la Comisión de Constitución, se vuelve a modificar la redacción de estos dos preceptos, aunque solamente en lo relativo a las mayorías para que el Tribunal alcance sus acuerdos, configurándose de esta manera la redacción definitiva que aparecerá en el en el texto promulgado<sup>446</sup>.

---

Constitucional conocerá estos asuntos en sala. La resolución que dicte sólo producirá efectos en los casos particulares en que se interponga la acción de inaplicabilidad. Ella podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar el Tribunal Constitucional la suspensión del procedimiento.

Después de tres fallos uniformes y unánimes, el Tribunal, en pleno, de oficio o a petición de parte, declarará la inconstitucionalidad del precepto legal respectivo, con efectos generales.

<sup>444</sup>“Historia de la Ley N° 20.050...”, Cit., p. 2267.

<sup>445</sup>6° Declarar inaplicable un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, produzca efectos contrarios a la Constitución. El Tribunal conocerá estos asuntos en sala, la cual adoptará sus acuerdos por simple mayoría, pudiendo ordenar la suspensión del procedimiento.

7° Decidir la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el número anterior. El Tribunal conocerá estos asuntos en pleno y, para declarar la inconstitucionalidad de un precepto de rango legal, deberá hacerlo por los dos tercios de sus miembros en ejercicio.

<sup>446</sup>6° Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.

7° Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior.



Luego de este breve examen acerca de cómo se debatió y aprobó la reforma constitucional de 2005 en materia de justicia constitucional, se puede concluir que al menos en las actas de las sesiones no se observa un mayor debate sobre los problemas que antes denunciábamos. De alguna manera, lo único que se puede percibir es cómo, sobre todo en la Cámara de Diputados, van a pareciendo distintas redacciones sin poder identificarse las razones que movieron al Constituyente derivado a inclinarse por una solución determinada. Veremos luego que esto es sumamente relevante, en la medida en que varios de los problemas que actualmente existen en la configuración del control de constitucionalidad, han buscado ser solucionados a partir de la historia del establecimiento de la Ley N° 20.050. Dado el pobre nivel de análisis en que se produjo en dicha oportunidad, creemos que ello no es factible. Si bien nunca es fácil determinar la intención del legislador o del constituyente, ello es más difícil aún en este caso, donde en las actas no existen antecedentes que justifiquen muchas de las modificaciones que fueron experimentando estos artículos durante su tramitación parlamentaria.

## **5.5 El papel del Tribunal Constitucional en la tutela de los derechos fundamentales con posterioridad a la reforma de 2005**

El ámbito de las reformas constitucionales de 2005 excede con creces el tema de la jurisdicción constitucional. Asimismo, el Tribunal Constitucional que surge con posterioridad a ellas deviene en un órgano extremadamente poderoso, con competencias que van más allá del control de constitucionalidad. Es por ello que nuestro análisis se centrará solamente en las atribuciones que dicen relación con la jurisdicción constitucional, que son las que concitan interés desde la óptica de nuestro objeto de estudio. En términos generales, la Ley N° 20.050 establece importantes modificaciones en las atribuciones del Tribunal Constitucional. Utilizando el esquema de José Luis Cea<sup>447</sup>, éstas pasan por los siguientes aspectos:

---

<sup>447</sup> Cfr. Cea, J., “El Tribunal Constitucional y el control de las leyes”, en Nogueira, H. (coord.), *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del*

- Se amplía el ámbito del control preventivo obligatorio, al incorporar antes de su ratificación, los tratados internacionales que versen sobre materias de ley orgánica constitucional (art. 93 N° 1).
- Se establece un control de constitucionalidad con carácter *a posteriori* de los autos acordados de la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones (art. 93 N° 2).
- Se transfiere desde la Corte Suprema al Tribunal Constitucional el conocimiento y fallo del recurso de inaplicabilidad (93 N° 6).
- Se establece un mecanismo de control de constitucionalidad, respecto de un precepto legal ya declarado inaplicable a un caso concreto por el mismo tribunal. En este caso con efectos generales, pero sin alcance retroactivo (93 N° 7).
- Se refunden las tres atribuciones existentes en materia de control de constitucionalidad de la potestad reglamentaria, en una sola establecida en el nuevo artículo 93 N° 16: “cuando el Presidente de la República dicte un decreto inconstitucional

En lo que sigue dedicaremos algunas palabras a estas reformas, para concluir con una valoración general, comentando las cuestiones que desde la perspectiva de la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales revisten mayor relevancia. Sin embargo, desde ya anunciamos que la reforma constitucional de 2005, y luego la subsecuente modificación de la LOTC, no solucionan varios de los problemas que planteaba la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales. Hoy en día, no obstante la indudable pertinencia de las reformas y la positiva valoración del medio a poco más de cinco años de su implementación, es indudable que la jurisdicción constitucional ha sido incapaz de consolidarse y de generar una jurisprudencia clara y coherente que esté al alcance del resto de los tribunales para la tutela de los derechos.

---

*Derecho*”, Librotecnia-Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Santiago de Chile (2009), pp. 80-81.

### **5.5.1 Fortalecimiento de las atribuciones de control previo obligatorio**

Una primera característica de la reforma es que en ella se expresa una tendencia a aumentar el ámbito del control previo obligatorio. Se establecía en el artículo 82 N° 1 de la Constitución original, que corresponde al Tribunal Constitucional: “ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación y de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución”. En este caso, la Cámara de origen debía enviar el proyecto de ley al Tribunal Constitucional en un plazo de 5 días de que éste hubiere quedado totalmente tramitado.

Claramente se trata esta de una disposición que el constituyente de 1980 toma del artículo 61 de la Constitución francesa de 1958. En el caso chileno, se agregan además las leyes interpretativas de la Constitución, categoría que no existe en el Derecho francés y que en Chile representa el rango jerárquico inmediatamente inferior a la Constitución. Luego de la reforma constitucional en el actual artículo 93 N° 1, se incorporan también al régimen obligatorio de control preventivo, los tratados internacionales cuando versen sobre las materias anteriormente señaladas. Anteriormente, estos tratados sólo eran revisados por el Tribunal Constitucional si respecto de ellas se planteaba un requerimiento por un órgano activamente legitimado.

Esta disposición siempre ha planteado un problema en relación a cómo saber cuando estamos en presencia de una ley orgánica constitucional y de una ley interpretativa de la Constitución. Lo segundo parece más sencillo, dado que normalmente dichas leyes son escasas, bastante concretas, y normalmente están relacionadas con uno o varios artículos de la Carta Fundamental, pues precisamente su objeto es interpretar dichos preceptos. Esta es la opinión de Silva Bascuñán, quien señala que una ley interpretativa de la Constitución ha de referirse “específica y particularmente a ‘algún precepto’ de su normativa. Se trata, pues, aquí de la interpretación explícita, deliberada, intencional, proveniente de los

órganos colegisladores, llamada a generar efectos de carácter general, obligatorios para autoridades y gobernados”<sup>448</sup>.

En el segundo caso la cuestión no es tan fácil. Ya hemos abordado el concepto de ley orgánica constitucional en el ordenamiento jurídico chileno. Sabemos que el elemento material no es tan claro y en consecuencia su identificación ha representado un problema constante. Una duda importante que surge es quién tiene la competencia para decidir cuándo una ley tiene o no el carácter de orgánica constitucional. El asunto es complejo, pues ni siquiera es posible extraer un concepto de ley orgánica constitucional del propio texto de la Constitución, y el único dato que tenemos, es el que dice relación al quórum de aprobación. Al respecto, Pfeffer concluye que en la práctica, esta decisión la ha terminado tomando el mismo Tribunal Constitucional, desde la época en que le correspondió ejercer control sobre los proyectos de ley sobre Mercado de Capitales y sobre Bases Generales del Medio Ambiente (con anterioridad era el Congreso quien decidía)<sup>449</sup>. Sin embargo, la jurisprudencia de dicho tribunal ha sido incapaz de unificar criterios y la situación actual es de un creciente desmembramiento. Así las cosas, normalmente en una misma ley conviven preceptos que corresponden con naturaleza de ley común y otros con rango de ley orgánica constitucional, por tanto siempre es necesario decidir qué artículos de un proyecto corresponden precisamente a materias de ley orgánica, y por tanto, les corresponde este control obligatorio<sup>450</sup>, con lo que en la práctica se tiende a extender bastante el ámbito del control obligatorio.

En todo caso, la incidencia práctica que ha tenido este numeral ha sido mínima en materia derechos fundamentales: así en el periodo 2007-2010, de un total de 85 sentencias, solo en tres ocasiones el tribunal ha utilizado los derechos fundamentales, como parámetro de control para enjuiciar alguna de las normas que dice relación el

---

<sup>448</sup> Silva, A., *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo VII, Cit., p. 41.

<sup>449</sup> Cfr. Pfeffer, E., “Algunos problemas que se derivan del control obligatorio de constitucionalidad que ejerce el Tribunal Constitucional sobre las leyes orgánicas constitucionales”, en *Ius et Praxis*, año 4, núm. 1 (1998), pp. 263-264.

<sup>450</sup> Cfr. Buchheister, A. y Soto, S., “Criterios para la calificación de normas orgánicas constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, núm.2 (2005), pp. 253-275.

artículo 93 N° 1<sup>451</sup>. Esto demuestra que el aumento del ámbito del control previo y obligatorio no se ha traducido en un crecimiento en la utilización de los derechos como parámetro de control. Pero no solo desde esta perspectiva esta atribución ha resultado intrascendente. En general se trata de una atribución prácticamente inútil. Solo a título ejemplar, en el año 2007 de un total de 22 sentencias, 17 se dedican exclusivamente a dilucidar si la norma controlada tiene o no naturaleza de ley orgánica constitucional, es decir, lo único que hace el Tribunal es determinar si corresponde que la norma en cuestión sea objeto de control obligatorio, pero una vez que lo hace, no formula ningún tipo de discusión adicional en la sentencia<sup>452</sup>. Todo ello hace pensar, que es una atribución que el constituyente derivado de 2005 no debió haber mantenido e incluso ampliado, pues no cumple ninguna función relevante dentro del sistema de justicia constitucional.

### **5.5.2 Atribuciones de control de constitucional a iniciativa de órgano activamente legitimado**

Hasta la reforma de 2005, el grueso de atribuciones del Tribunal Constitucional se ejercía nada más a iniciativa de órgano activamente legitimado. En este sentido, es importante destacar que la legitimación activa en esta época, solamente era atribuida a determinadas autoridades políticas. Como señala Kazor, el Tribunal Constitucional en este periodo “no encarna una jurisdicción para los ciudadanos, sino para los órganos estatales, esto es, no garantiza las pretensiones jurídicas de los individuos sino más bien las atribuciones y límites de las autoridades públicas”<sup>453</sup>. Esta falta de subjetivización de los procedimientos ante el Tribunal Constitucional, pudo haber sido un factor importante que determinó la poca preocupación del Tribunal por los derechos fundamentales en este periodo.

---

<sup>451</sup> Son los roles: 805-2007, 1243 -200, 1588 -2010.

<sup>452</sup> Son los roles: 701-07, 719-07, 720-07, 723-07, 745-07, 762-07, 780-07, 801-07, 805-07, 813-07, 830-07, 945-07, 948-07, 992-07, 995-07, 799-07, 1000-07, 1001-07, 1007-07, 1016-07, 1017-07.

<sup>453</sup> Kazor, C., ““La jurisdicción...””, Cit., p. 103.

Actualmente, como veremos a continuación, existen diversas vías para que un ciudadano pueda acceder al Tribunal Constitucional, sin perjuicio de ello, se mantuvieron las atribuciones de control previo facultativas, las que quedaron configuradas de la siguiente manera:

En el N° 3 del artículo 93 se establece la atribución de: “Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso”.

En el N° 4: “Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley.

Estas atribuciones también han sido escasamente incidentes en materia de derechos fundamentales. Ello se puede ver en el siguiente cuadro:

**Fig. 2 Control de constitucionalidad a iniciativa de órgano activamente legitimado (2006-2010)**

	Inadmisibles	Forma	Forma y fondo	Fondo
2006		534-06, 464-06		
2007		1005-07	786-07, 771-07	
2008		1216-08		
2009	1292-08	1504-09, 1410-09, 1410-09		1361-09
2010	1867-10	1867-10		

Al respecto se deben hacer algunas aclaraciones. En el cuadro se presentan los datos del quinquenio 2006-2010. En el apartado forma (esta es la denominación que utiliza el Tribunal Constitucional) se contienen todos aquellos asuntos en que lo que estaba en discusión era una infracción del procedimiento de aprobación de la ley. Como se puede ver representan un 62% de los asuntos. Si a esta cifra le sumamos los requerimientos declarados inadmisibles, los asuntos que no tienen relación alguna con los derechos fundamentales se elevan a un 77%.

Como no es muy difícil concluir, la atribuciones de control previo no han tenido gran incidencia en materia de derechos fundamentales y han versado típicamente sobre cuestiones relativas al procedimiento de aprobación de las leyes. En suma, la situación aquí sigue siendo exactamente igual a la que existía antes de la reforma. Sin perjuicio de que la figura del control previo debería ser debatida (desde luego no es este el lugar para hacerlo), la escasa presencia de derechos fundamentales nos obliga a concentrar nuestro interés en los procedimientos de inaplicabilidad e inconstitucionalidad. Pero antes pasaremos revista a una atribución del Tribunal Constitucional que es absolutamente novedosa y que se incorpora recién en la reforma de 2005.

### **5.5.3 Control de constitucionalidad de los autos acordados**

Esta era una de las reformas que *a priori* parecía de mayor trascendencia en materia de derechos fundamentales, pero que por el contrario, a la fecha ha tenido nula aplicación. Como hemos visto anteriormente, la figura del auto acordado como fuente de Derecho constitucional ha alcanzado en Chile una anómala relevancia. Así las cosas, se ha considerado normal que los aspectos procedimentales relativos a los derechos fundamentales hayan sido regulados en base a este tipo de normas. En este sentido, la atribución en comento se crea precisamente con el objetivo de proteger los derechos fundamentales desde el punto de vista de su desarrollo infra constitucional; es decir, se parte de la base de que el Constituyente derivado de 2005 considera que un auto acordado no es una norma idónea para regular derechos fundamentales de contenido procesal<sup>454</sup>.

---

<sup>454</sup> En el caso del número 2º, el Tribunal podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de diez de sus miembros. Asimismo, podrá requerir al Tribunal toda persona que sea parte en juicio o gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial, o desde la primera actuación del procedimiento penal, *cuando sea afectada en el ejercicio de sus derechos fundamentales* por lo dispuesto en el respectivo auto acordado. (la cursiva es nuestra).

Ninguno de los dos proyectos de reforma constitucional anteriormente mencionados contenía la facultad para declarar inconstitucionales los autos acordados. La idea se introdujo también en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, a pesar de la oposición de la Corte Suprema, que argumentaba en su informe que los autos acordados son resoluciones de carácter interno que afectan nada más al Poder Judicial y que sólo excepcionalmente ante vacíos legales, principalmente de naturaleza procesal, dicho tribunal podría actuar por esta vía para que los jueces puedan desempeñar en forma apropiada y conducente sus labores, pero que en este caso el auto acordado nada más tiene vigencia hasta que se legisle al respecto.<sup>455</sup>

Finalmente se optó por poner a los autos acordados bajo la lupa del Tribunal Constitucional. En la práctica el precepto constitucional que establece esta nueva atribución plantea algunos interrogantes, sobre todo teniendo en cuenta el elevado coste de oportunidad que implica declarar inconstitucional algunos autos acordados, lo que al parecer ha sido el principal impedimento para su escasa utilización. En efecto, el artículo 58 de la LOCTC dispone que : “[l]a sentencia que declare la inconstitucionalidad de todo o parte de un auto acordado, deberá publicarse en el Diario Oficial dentro de los tres días siguientes a su dictación. Desde dicha publicación, el auto acordado, o la parte de él que hubiere sido declarada inconstitucional, se entenderá derogado”.

La radicalidad de los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad en este caso, bien habría valido la pena como incentivo para reflexionar un poco más a la hora de introducir una solución de estas características, teniendo en cuenta la amplia utilización de los autos acordados en cuestiones jurisdiccionales. Esto plantea la duda acerca de si no hubiera sido conveniente consensuar una solución política para legislar al respecto, incluso teniendo en cuenta que existe un proyecto de ley en el Congreso que busca regular las distintas acciones constitucionales destinadas a tutelar jurisdiccionalmente los derechos fundamentales. En este sentido, no se puede negar que el ejercicio de esta atribución supone ciertas dificultades técnicas que probablemente han frenado la

---

<sup>455</sup> “Historia de la Ley N° 20.050...”, Cit., p. 560 y ss.



normalización de estos procedimientos, lo que pone en duda la real utilidad del artículo 93 N° 2 de la Constitución<sup>456</sup>.

Así por ejemplo, en la sentencia rol 783-2007 a pesar de los demoledores argumentos en que se funda el requerimiento, el Tribunal se obstina en considerar constitucional la norma impugnada y rechazar la solicitud en contra del auto acordado relativo al procedimiento a utilizarse para hacer efectiva la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios y empleados judiciales. Pero sin duda, el caso más claro es el relativo al auto acordado de la Corte Suprema, sobre tramitación y fallo del recurso de protección. En este caso, no es necesario estudiar la situación en profundidad para llegar a la conclusión que éste claramente invade el ámbito del dominio legal y en consecuencia vulnera la reserva de ley, que es precisamente una de las garantías normativas de los derechos fundamentales en virtud de los dispuesto por los artículos 63 N° 2 y 19 N° 3. En la sentencia rol 1251-08, queda en evidencia la nula voluntad del Tribunal Constitucional de declarar inconstitucional dicho auto acordado, pues a pesar de los sólidos argumentos de la recurrente, se rechaza el requerimiento debido a que al momento de pronunciar la sentencia de inconstitucionalidad, ya existía sentencia en el juicio *a quo*. En otros casos se sirve el tribunal de algún resquicio, como por ejemplo, que el solicitante denomina la acción de manera equivocada.

En conclusión, hasta la fecha, casi todos los requerimientos han sido declarados inadmisibles por el tribunal y por tanto, solo existe un pronunciamiento sobre el fondo, que por lo demás elude pronunciarse varias de las cuestiones planteadas por la requirente.

---

<sup>456</sup> Hasta la fecha las veces en que ha sido impugnado un auto acordado suman 7 veces: véanse roles 783-2007, 1009-2088, 1251-2008, 1829-2010, 1842-2010, 1870-2011 y 1924-2011. En todos ellos se ha declarado inadmisibile el requerimiento, salvo en la primera sentencia donde se acoge parcialmente.

## **5.5.4 Las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad a partir de la reforma de 2005**

Al día de hoy, el centro de gravedad de la actividad del Tribunal Constitucional se encuentra en la combinación de las atribuciones contempladas en los artículos 93 N° 6 y 93 N° 7 de la Constitución que consagran las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad. Dichas normas además han sido desarrolladas por la nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 20.381, de 28 de octubre de 2009 y además ya se cuenta con un cúmulo de sentencias bastante importantes pronunciadas en este periodo que han ido delimitando los contornos de estos dos mecanismos. Por todo lo dicho es aquí donde buscaremos respuesta de por qué el Tribunal Constitucional, a pesar de su creciente actividad, aún no ha sabido situarse como la columna vertebral del sistema de garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales.

Como ya hemos podido constatar, la redacción definitiva del precepto que contiene la actual acción de inaplicabilidad trae causa en una no siempre coherente discusión parlamentaria, lo que fue altamente incidente en el producto final. De todos modos, en general en estos cinco años, la nueva inaplicabilidad ha recibido una evaluación positiva y el medio jurídico manifestado su conformidad con las reformas. Independientemente de la discusión que se puede plantear sobre aspectos específicos, la reforma genera consenso y la doctrina ha destacado que sin duda representa un avance respecto de la situación anterior<sup>457</sup>.

### **5.5.4.1 Impacto**

La utilización que se ha hecho de estos procedimientos ha sido profusa, aunque realmente ha sido solo la inaplicabilidad el factor que ha resultado determinante en los números. Como se puede ver

---

<sup>457</sup> Cfr. Peña, M., “Desafíos para la justicia constitucional chilena a partir de la reforma de 2005” en Peña, M., *Cuatro estudios de justicia constitucional*, núm. 36 (2007), p.33.

en el siguiente cuadro, no se puede sino estar de acuerdo con que la reforma de 2005 ha transformado la situación del Tribunal Constitucional, aumentando sustancialmente su actividad litigiosa.

**Figura 3. Núm. de sentencias pronunciadas por el Tribunal Constitucional (2000-2010)**

2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
15	24	22	39	32	31	78	204	280	183	217

En el siguiente cuadro, se puede ver la actividad del Tribunal Constitucional desglosada por materias y en él se puede apreciar, que la causa exclusiva del aumento exponencial que ha tenido la jurisdicción constitucional en Chile se debe principalmente a la atribución contemplada en el artículo 93 N° 6 de la Constitución.

**Fig. 4 Actividad global del Tribunal Constitucional (2000-2010)**

Materias/número de sentencias por año	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
<b>Control obligatorio de constitucionalidad</b>	122	228	188	227	228	212	223	123	229	228	224
<b>Control previo a instancia de órgano activamente legitimado</b>	0	1	3	1	4	1	1	3	1	4	2
<b>Control de los tratados internacionales</b>	3	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0
<b>Control Decretos con Fuerza de Ley</b>	0	0	0	3	0	0	0	0	0	0	0
<b>Control de la potestad reglamentaria</b>	1	1	0	4	0	1	1	2	3	0	0
<b>Otros</b>	0	0	0	0	0	0	1	6	7	6	6
<b>Recurso de inaplicabilidad</b>								54	166	237	148
<b>Declaración de inconstitucionalidad</b>								0	3	2	4
<b>Control de constitucionalidad de los autos acordados</b>								0	1	2	0

#### **5.5.4.2 Generalidades sobre las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad**

Luego de la reforma de 2005, al Tribunal Constitucional se le dota de atribuciones de control de constitucionalidad de las leyes con carácter *a posteriori*. Estas están contenidas en los numerales 6 y 7 del art. 93 de la Constitución, que consagran las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad, respectivamente. En efecto, señala el art. 93 N°6 de la Constitución que, corresponde al Tribunal Constitucional: “Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un recepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”. A su vez, el numeral siguiente establece que también corresponde a dicho tribunal: “Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior”.

Al respecto, agrega el mismo artículo 93 que en el caso de la inaplicabilidad, “la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto” y para que sea declarada admisible cualquiera de las salas del tribunal deberá verificar la presencia de tres requisitos: 1- la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, 2- que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución del asunto, 3- que la presentación esté razonablemente fundada. A su vez, en el caso de la declaración de inconstitucionalidad como ya hemos señalado se exige una declaración de inaplicabilidad previa respecto del precepto legal en cuestión, pero además agrega el mismo art. 93, que “habrá acción pública para requerir al Tribunal la declaración de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la facultad de éste para declararla de oficio”.

En consecuencia, la actual configuración establece un mecanismo de control incidental, similar a los sistemas europeos continentales, aunque no exento de particularidades. La más notoria es que se trata de un modelo que opera en dos fases. En primer lugar, lo que está

en discusión es si la norma de carácter legal es aplicable al juicio o gestión a causa de que en dicho caso resulta contrario a la Constitución. En segundo lugar y una vez declarado inaplicable dicho precepto legal, se debe pedir en un juicio distinto que el Tribunal Constitucional declare con efectos generales la inconstitucionalidad.

Como es de suponer, la solución chilena genera múltiples interrogantes, sobre todo cuando se conocen algunos de sus aspectos con mayor detalle. A pesar de la novedad de la acción de inconstitucionalidad, la parte que genera mayores inquietudes es la inaplicabilidad, aunque también hay un par de cuestiones relativas a las relaciones entre ambos procedimientos y a la sentencia de inconstitucionalidad que es conveniente revisar antes de formarnos una opinión acerca del Tribunal Constitucional chileno y la tutela de derechos fundamentales. Decíamos, que a pesar del optimismo la aproximación del medio a la nueva versión de la inaplicabilidad ha sido compleja. Incluso una cuestión que puede parecer tan baladí como la nomenclatura refleja esta confusión. Al respecto, la Constitución no utiliza ninguna denominación para hacer referencia a la atribución del artículo 93 N° 6. La nueva LOTC habla de “Cuestiones de inaplicabilidad” haciendo eco, en la medida de lo posible, del término utilizado en el Derecho español, una de las fuentes de inspiración de la reforma. No obstante, la mayoría de los autores hablan de acción de inaplicabilidad, denominación que ha logrado imponerse en la práctica<sup>458</sup>. A su vez, en el sitio *web* del Tribunal Constitucional utiliza la expresión “requerimiento de inaplicabilidad”.

A nuestro juicio, en esta discrepancia se expresa una cuestión de fondo que tiene que ver con distintas maneras de entender este procedimiento y que incide en cuestiones tales como el rol que le corresponde a cada uno de los intervinientes en dicho procedimiento. A saber, en una acción o en una simple cuestión, el papel que corresponde de las partes será distinto, también lo será el tipo de control que realiza el tribunal y los efectos de la sentencia.

---

<sup>458</sup> Por todos: Zúñiga, F., *Acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad. Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre temas procesales*, Abeledo Perrot – Legal Publishing, Santiago de Chile (2010).

### **5.5.4.3 El papel de la inaplicabilidad en la tutela de los derechos: algunas cuestiones problemáticas**

Es interesante analizar cómo a pesar de que la inaplicabilidad se ha convertido en casi el único mecanismo a través del cual se ventilan cuestiones de derechos fundamentales en el Tribunal, la sensación generalizada es que dicho mecanismo no ha sido capaz de aportar orden a la tutela jurisdiccional de dichos derechos. Nuestra explicación a este fenómeno está dado por que existen una serie de factores que actuando todos ellos al mismo tiempo conspiran para que ello no suceda, aunque sí hay que reconocer que las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad aumentan las posibilidades de participación ciudadana en la determinación del contenido de los derechos. No obstante, si no se encuentran presente todas las condiciones que hemos señalado en el capítulo primero, el avance será solo parcial. A continuación entremos en detalle en estos problemas.

#### **5.5.4.3.1 Los sujetos procesales y la identificación de la norma controlada**

A propósito de lo anterior, es sumamente importante la determinación de los sujetos procesales que intervienen en la inaplicabilidad, pues el nuevo diseño presenta, al menos en teoría, una modificación importante en este aspecto. Como se recordará, la anterior configuración de la inaplicabilidad se basaba en una concepción absolutamente subjetiva del procedimiento, esto es, se prescindía absolutamente de la opinión del tribunal *a quo* a la hora de dar curso a la solicitud y éste meramente cumplía con el secundario papel de remitir los autos a la Corte Suprema. En la actual configuración, este principio se morigera y el requerimiento puede ser planteado tanto por las partes, o por el solicitante si se trata de una gestión no contenciosa, como también por el juez que conoce del asunto. Esto último constituye un importante cambio, pues como señala Zúñiga, antes de la reforma llevada a cabo por la

Ley N° 20.50 “el juez de la causa estaba obligado a aplicar la ley vigente por imperativo del principio de legalidad referido a la jurisdicción constitucional”<sup>459</sup>. A partir de la reforma, “si la aplicación del precepto legal genera dudas en cuanto a su constitucionalidad, encontrándose pendiente el asunto que debe resolver, el propio juez, puede promover la acción de inaplicabilidad de oficio”<sup>460</sup>.

No obstante, en la práctica el impacto de esta modificación ha sido más bien escaso. En realidad, se trata de una cuestión que excede de un problema meramente procesal y está relacionado con la concepción global que se tiene sobre el modelo de justicia constitucional, en especial, la circunstancia de cómo se determinan los agentes que impulsan el control de constitucionalidad. Al respecto, señala Pérez Tremps, que en el modelo europeo continental, “el eje central del sistema continental de justicia constitucional (...) es el establecimiento del monopolio del control de las normas con fuerza de ley a favor del Tribunal Constitucional”<sup>461</sup>. No obstante, en la mayoría de los sistemas europeos actuales, “una de las características de ese mismo modelo es la incorporación de los órganos judiciales a la tarea de depuración de depuración del ordenamiento jurídico”<sup>462</sup>. Pues bien, el actual modelo chileno va un poco más allá y a este binomio Tribunal Constitucional-Tribunales de Justicia agrega un tercer elemento: los particulares.

Precisamente, es aquí donde radica la objeción que al respecto formulamos. En este sentido, al contrario de lo que a primera vista puede parecer el nuevo diseño chileno no es más que una yuxtaposición del modelo de la antigua inaplicabilidad con la lógica del control incidental de constitucionalidad al estilo europeo, pero con una extraordinaria amplitud a la hora de conceder la legitimación a los particulares. Entonces, la pregunta que deberemos hacernos, es si un mecanismo objetivo de tutela de los

---

<sup>459</sup> Zúñiga, F., “El nuevo recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Teoría y práctica” en *Estudios Constitucionales*, año 4, núm. 2 (2006), p. 149.

<sup>460</sup> Zúñiga, F., “El nuevo recurso...”, Cit., p. 150.

<sup>461</sup> Pérez Tremps, P., *Sistema de Justicia Constitucional*, Thomson-Civitas, Madrid, (2010), p.62.

<sup>462</sup> *Íbid.*, p. 63.

derechos, puede consentir un nivel tan elevado de legitimación activa por acción de los particulares.

En efecto, esta laxitud a la hora de interpretar los requisitos de acceso a la jurisdicción constitucional por obra de los litigantes particulares ha permitido, a nuestro juicio, avanzar poco respecto de la situación anterior, en la medida en que se ha casi desvirtuado la lógica del control incidental de constitucionalidad: en la práctica, la frontera entre la función de control de constitucionalidad de la ley, propiamente objetiva, y los mecanismos subjetivos de tutela de los derechos, casi no existe en el proceso de inaplicabilidad. Así también lo denuncia Kazor, quien afirma que este procedimiento, por las características que ha adoptado en la práctica, al existir un predominio claro de solicitudes interpuestas por las partes y por el rol pasivo y meramente formal que cumple el tribunal *a quo*, se parece más a la figura existente en España o Alemania denominada recurso de amparo que a un control de constitucionalidad *stricto sensu*<sup>463</sup>. Esta visión mayoritariamente subjetiva se vio posteriormente reforzada por la LOTC que otorga el carácter de parte en los procesos ante el Tribunal Constitucional a todo quienes “(hayan) promovido una cuestión ante él, y las demás partes de una gestión o juicio pendiente en que se ha promovido una cuestión de inaplicabilidad de un precepto legal o de inconstitucionalidad de un auto acordado”.

Pareciere ser que al constituyente derivado de 2005, le cuesta pensar en la existencia de un proceso constitucional que se encuentre alejado de la noción de parte en sentido material<sup>464</sup>. Se debe recordar que de acuerdo a la doctrina procesal, para que haya proceso no siempre es necesaria la existencia de la noción de parte en sentido material, y no obstante, ello no implica una merma del contradictorio como estructura cognitiva propia de la función jurisdiccional. Así por ejemplo, Calamandrei, afirma que muchas veces, “aun cuando las partes estén de acuerdo, puede el proceso ser

---

<sup>463</sup> Kazor C., “Casos paradigmáticos de la acción de inaplicabilidad como amparo imperfecto: sentencias roles 781,808 y 1201”, en Marshall, P. (coord.), *Jurisprudencia constitucional destacada. Análisis crítico*, Abeledo Perrot, Santiago de Chile (2011) pp. 239-250.

<sup>464</sup> Sobre la distinción entre el concepto procesal y material de parte véase por todos: Chiovenda, G., *Principios de Derecho procesal civil*, tomo II, Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid (1977), p.5.



necesario para garantizar en interés público la observancia del Derecho subjetivo”<sup>465</sup>. Es justamente esto lo que sucede con el control de constitucionalidad, por más que éste se encuentre vinculado a un caso concreto y que lo que se va a decidir en el primero afecte situaciones subjetivas que se discuten en el juicio *a quo*.

La solución que adopta el legislador orgánico chileno supone la introducción de un elemento de ruptura con la lógica del modelo europeo de justicia constitucional, de donde se supone encuentra su fuente de inspiración, lo que genera ciertos problemas que ni el constituyente ni el mismo legislador orgánico advierten. De todos ellos, el más importante es el hecho de que conceder a las partes amplias facultades para decidir cuál será la norma que se va impugnar hace difícil la identificación del precepto legal controlado, lo que en Europa se determina sin mayores dificultades a través del denominado “juicio de relevancia”. En este sentido, en la lógica del modelo de control de constitucionalidad europeo continental, la opinión del juez *a quo* deviene en fundamental, pues será él quien en definitiva decidirá si dicha norma se va a utilizar o no, y desde luego, si es relevante o no. Así por ejemplo en Italia, según el artículo 23.1 de la ley n. 87 de 11 de marzo de 1953, es necesario que el señalado juicio “no pueda ser definido independientemente de la resolución del proceso de legitimidad constitucional”. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional español ha señalado en el auto 389/2008, f.2 que: “[E]l juicio de relevancia constituye uno de los requisitos esenciales de toda cuestión de inconstitucionalidad, por cuanto a su través se garantiza el control concreto de la constitucionalidad de la ley, impidiendo que el órgano judicial convierta dicho control en abstracto”. Siguiendo con su argumento luego agrega: “Dicho juicio de relevancia ha sido definido por este tribunal como ‘el esquema argumental dirigido a probar que el fallo del proceso judicial depende de la validez de la norma cuestionada’”.

Es cierto que en Chile también se contempla la posibilidad de que sea el mismo tribunal quien plantee la inaplicabilidad, lo que en la práctica sería un elemento que ayudaría a corregir este

---

<sup>465</sup> Calamandrei, P., *Instituciones de Derecho procesal civil*, vol. II, Librería El Foro, Buenos Aires (1996), p. 294.

desequilibrio. No obstante, y a pesar de que el artículo 93 de algún modo también establece como requisito la relevancia de la norma controlada en el proceso *a quo*, en los números triunfa ampliamente la variante en la que el requerimiento es interpuesto por las partes, y demuestra que los jueces casi no plantean la inaplicabilidad *motu proprio*, salvo en aquellos casos en que existe un extendido consenso de que la norma es inconstitucional. Sin duda alguna, a pesar de su carácter mixto, la inaplicabilidad funciona en la práctica como una versión débil de un recurso de amparo, en el sentido de que sólo tiene por objeto normas de rango legal y deja de lado otros actos del poder público y toda la actividad vulneradora que pudiera venir de los particulares.

En el siguiente cuadro se muestran la inaplicabilidades interpuestas en el periodo 2006-2009, con indicación de la manera cómo se inicia el procedimiento.

**Fig. 5 Recursos de inaplicabilidad periodo 2006-2009 según quién inicia el procedimiento**

<b>Año</b>	<b>Iniciada por las partes</b>	<b>Iniciada por el juez</b>
2006	52	1
2007	148	22
2008	96	154
2009	124	19

Como se puede apreciar, salvo el año 2008 predominan ampliamente las inaplicabilidades iniciadas a requerimiento de parte. Se podría pensar que no obstante, esta tendencia no está clara, en la medida que justamente durante el año 2008 los números se invierten. Sin embargo, un dato resulta clave para negar dicha afirmación. En dicho año, de los 154 casos que se señalan, en 119 oportunidades el precepto impugnado es el mismo: al artículo 116 del Código Tributario, lo que demuestra que esta cifra es engañosa y que en realidad confirma nuestra tesis de que, salvo que exista una opinión bastante extendida acerca de la constitucionalidad de una norma, los jueces por regla general no se plantean dudas acerca de la inconstitucionalidad de las normas de rango legal. En este

contexto, el predominio de la inaplicabilidad entendida como un medio de defensa de carácter subjetivo es evidente<sup>466</sup>.

#### **5.5.4.3.2 Parámetro de control y la teoría del control concreto**

Un segundo problema de que adolece la inaplicabilidad y que conspira directamente con las pretensiones sistémicas de tutela de los derechos fundamentales, es la identificación del parámetro de control para enjuiciar la ley. En lo que sigue, defenderemos la idea de que mientras se mantenga la concepción que actualmente utiliza el Tribunal Constitucional acerca de cuál es el tipo de control que realiza en sede de inaplicabilidad y que se traduce en la teoría del control concreto, ello será imposible.

Paradójicamente, éste es precisamente uno de los aspectos que ha suscitado un mayor consenso en la doctrina nacional. En este sentido, la gran mayoría de los autores nacionales afirman que el mecanismo regulado en el nuevo artículo 93 N° 6 de la Constitución, representa un cambio sustancial respecto del modelo anterior, en la medida de que la actual inaplicabilidad es un control de constitucionalidad concreto, en oposición al carácter abstracto que tenía anteriormente. Al respecto, Saenger estima que esta circunstancia es tan clara que se puede deducir de la sola lectura de la disposición constitucional, la que al hablar de “un precepto legal cuya aplicación resulte contraria a la Constitución”<sup>467</sup>, cambia radicalmente la filosofía y el contenido de la acción de inconstitucionalidad que pasa de ser “un control abstracto, lógico,

---

<sup>466</sup> Sin perjuicio de que esta situación deja en evidencia a simple vista que el sistema actual sigue teniendo problemas de coherencia y eficiencia en la respuesta que más adelante comentaremos. La idea es simple, se deberían necesitar bastante menos que 119 sentencias de inaplicabilidad para que el Tribunal Constitucional declarase inconstitucional la norma en cuestión, teniendo en cuenta que en teoría le basta con una sola.

<sup>467</sup> Como se recordará, la anterior norma hablaba de declarar inaplicable, para esos casos particulares, “todo precepto legal contrario a la Constitución”.

de plano, de derecho, intelectual, a un control concreto, específico en el que las circunstancias de hecho”<sup>468</sup>.

Como se puede advertir, el principal argumento para defender esta postura ha sido la redacción de la norma, la que para estos autores es significativamente distinta del antiguo artículo 80 de la Constitución. De esta manera, afirma Peña, que si se trata de examinar la aplicación que el precepto legal ha de tener en una gestión judicial determinada, “es natural concluir que el Tribunal Constitucional, al ejercer la competencia respectiva está obligado a examinar el asunto concreto en que consiste dicha gestión, así como las circunstancias que lo rodean”<sup>469</sup>. No nos olvidemos que el origen de la polémica se encontraba en el hecho de que la Corte Suprema había siempre señalado que el “recurso de inaplicabilidad tenía como único objetivo resolver, después de un análisis detenido, si había contradicciones entre las normas legales y las constitucionales. Es decir era de naturaleza abstracta y de puro derecho”<sup>470</sup>. En este sentido, como agrega el mismo Saenger “el aspecto gramatical y la redacción de los textos era algo esencial y fundamental. Se prescindía totalmente de los hechos y antecedentes fácticos del pleito o gestión en la cual incidía en el asunto”<sup>471</sup>

Así las cosas, esta idea del cambio del papel de la inaplicabilidad ha sido recogida en numerosas sentencias y al día de hoy se ha convertido en la opinión estándar del Tribunal cobrando fuerza la doctrina de que la inaplicabilidad solamente tiene sentido a la luz del caso concreto en el que se plantea<sup>472</sup>. Hasta aquí todo suena

---

<sup>468</sup> Cfr. Saenger, F., “Control abstracto y concreto en la nueva inaplicabilidad”, en AAVV, *Temas actuales de Derecho Constitucional. Libro homenaje al profesor Mario Verdugo Marinkovic*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago (2009), p. 281.

<sup>469</sup> Peña, M., “Inaplicabilidad por inconstitucionalidad: reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, en Nogueira H. (coord.) *La ciencia del Derecho procesal constitucional*, p. 407.

<sup>470</sup> Saenger, F., “Control abstracto y concreto...”, Cit., p. 278.

<sup>471</sup> *Ibidem*.

<sup>472</sup> Así por ejemplo en la sentencia rol 546-06 se puede leer en el considerando 6º: “De la simple comparación del texto de la norma citada con el antiguo artículo 80 de la Carta Fundamental, que entregaba esta facultad a la Corte Suprema, se desprende que, como lo señalara recientemente en una conferencia el Ministro de este Tribunal, Juan Colombo Campbell, que concurre al rechazo de este requerimiento, mientras antes se trataba de una confrontación directa entre la

plausible, pero además de ello, la jurisprudencia ha ligado esta aserción con otra que pone en riesgo la unidad en la interpretación de los derechos fundamentales a través de este mecanismo. Esto es, como a partir de la reforma de 2005 la inaplicabilidad consiste en un control concreto, no es posible deducir de las sentencias consecuencias generales. En efecto, se ha fallado en reiteradas ocasiones que los argumentos que sirven de base a los fallos nada más tienen relevancia para el caso concreto para el que se pronuncian y no es posible volver a utilizarlos en otro proceso aunque revista similares características.

Desde luego, la manera cómo había enfocado el problema la Corte Suprema no había sido la mejor. Pretender realizar un control de constitucionalidad incidental utilizando como único criterio el texto de los enunciados constitucionales en abstracto, implicaba poner bastante alta la vara para declarar inconstitucional un precepto legal, pues en la práctica significaba exigir una contradicción flagrante entre la ley y la Constitución. En este sentido, pareciera ser que el paso de un control abstracto a uno concreto se encuentra justificado si es que se quería dotar de algún grado de eficacia al control de constitucionalidad. Sin embargo, donde yerra el Tribunal Constitucional es en la manera de concebir la idea de control concreto, que es totalmente distinta a la que se maneja en Derecho comparado. Los efectos que están surgiendo de esta doctrina son evidentes. Como señala Zúñiga, el principal es que ha sometido el proceso de constitucionalidad a una “inevitable casuística”<sup>473</sup>. Esto ya es suficiente para mirar esta doctrina con preocupación, lo que pone a la jurisdicción constitucional chilena en una situación diametralmente distinta del modelo que delimitamos en el capítulo primero de este trabajo.

En contra de esta posición nada más se ha manifestado un sector muy minoritario de la doctrina. Tal vez el autor que ha expresado con mayor claridad esta postura ha sido Gómez, quien opina que la reforma constitucional en realidad no hizo más que “trasladar el

---

norma legal y la disposición constitucional, ahora se está en presencia de una situación diferente, por cuanto lo que podrá ser declarado inconstitucional es la aplicación del precepto legal impugnado, lo que relativiza el examen abstracto de constitucionalidad, marcando una clara diferencia con el texto constitucional anterior.”

<sup>473</sup> Cfr. Zúñiga, F., *Acciones de inaplicabilidad...*, Cit., p. 19.

recurso de inaplicabilidad de la competencia de la Corte Suprema para ante el TC, de manera bastante parecida con el antiguo”<sup>474</sup>. Por esta razón, la distinción que realiza la jurisprudencia es completamente artificial, pues la nueva redacción no aporta nada que no estuviera contenida en la antigua y en consecuencia esto no es más que una interpretación errónea del texto constitucional. No podemos sino concordar con la objeción formulada por Gómez. Creemos al igual que él que no existe ningún argumento de texto, ni en la Constitución ni en la ley orgánica, para asociar dos ideas que en principio no tienen una implicación lógica entre sí como son el control concreto y el casuismo que parece defender el Tribunal Constitucional. Del examen de la discusión parlamentaria de la reforma constitucional de 2005 que hemos realizado anteriormente, no existe ningún antecedente que pueda hacer pensar que hubo una intención expresa de evitar que el Tribunal Constitucional interprete la Constitución con alcance general. Por el contrario, se trata de una cuestión respecto de la que, ni el constituyente derivado ni el legislador orgánico, se pronuncian expresamente. De esta manera, parece más plausible la hipótesis de Gómez, de que lo único que se intentó fue unificar la jurisdicción constitucional en un solo órgano, más que cambiar el parámetro de control en sí mismo.

Pero hay razones de mayor peso para rechazar esta versión del control concreto. Es evidente que el cambio en la interpretación del tipo de control que ha efectuado el Tribunal Constitucional respecto del anterior periodo, está justificado en virtud del hecho de que no era viable seguir manteniendo la interpretación que había sustentado la Corte Suprema durante tanto tiempo, con los resultados por todos conocidos. Sin embargo, el problema que conlleva la “teoría del paso de un control abstracto a un control concreto”, tal como la ha entendido el Tribunal Constitucional y gran parte de la doctrina, es que ha abierto una importante válvula de escape para que dicho tribunal pueda zafarse fácilmente de su propia jurisprudencia. En otras palabras, la jurisprudencia en materia de inaplicabilidad, ha renunciado conscientemente a la pretensión legítima de toda jurisdicción constitucional, de ir dotando a las normas constitucionales de un contenido permanente y vinculante,

---

<sup>474</sup> Gómez, G., “La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional”, en Zúñiga, F., (coord.), *Reforma Constitucional*, Lexis Nexis, Santiago de Chile (2005), p. 666.

argumentando que desde el texto del mismo artículo 93 N° 6, se le impone al Tribunal Constitucional una inevitable casuística y por tanto quedan impedidos de pronunciarse más allá del caso concreto que se le somete a decisión.

Lamentablemente, gran parte de la doctrina ha secundado esta interpretación<sup>475</sup>. Sin embargo, esto no se ha traducido en una lucidez a la hora de fundamentarla y las explicaciones que se han esbozado al respecto están lejos de ser satisfactorias. Así las cosas, han ido apareciendo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y en la doctrina que ha apoyado esta interpretación, un cúmulo de ideas dogmáticamente equivocadas para justificar la posición del Tribunal en esta materia, las que sería útil discutir para demostrar su futilidad.

En este sentido, pareciera ser que lo que en Derecho comparado generalmente se suele denominar control concreto y abstracto difiere sustancialmente de lo que se entiende en Chile al respecto. Así por ejemplo, para Pegoraro, el control concreto “tiene por objeto una norma concretamente determinada por un juez en el curso de un juicio”<sup>476</sup>. A su vez, el denominado control abstracto “no tiene sin embargo origen en un proceso judicial; en él no existe un interés subyacente, sino que se refiere a una mera confrontación entre disposiciones de grado diverso donde se valorará objetivamente la adecuación de las normas inferiores a la superior”<sup>477</sup>. De opinión similar es Fromont, quien señala que el control concreto de constitucionalidad hace referencia a un procedimiento de control de la constitucionalidad de un acto de Estado, normativo o no, que se activa durante una disputa sobre la situación individual de un particular, por el contrario, se define un proceso abstracto, como un procedimiento diseñado para juzgar la constitucionalidad de un acto legislativo sin ninguna aplicación práctica a una persona privada o en las pretensiones

---

<sup>475</sup> Por todos, Nogueira, H., “El control represivo concreto y abstracto de constitucionalidad”, en Zúñiga, F., (coord.), *Reforma Constitucional*, Lexis Nexis, Santiago de Chile (2005), p. 596.

<sup>476</sup> Pegoraro, L., “La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 6 (2002), pp. 399-400.

<sup>477</sup> Pegoraro, L., Ob. Cit., p.400.

constitucionales de los actores de la vida política<sup>478</sup>. Como se puede ver, en los citados autores no hay referencia alguna a que el control concreto lleve necesariamente al casuismo.

Esta manera de entender el control concreto, ha sido también seguida por la jurisprudencia en varios países europeos a la hora de dar forma a su principal manifestación: el control incidental de constitucionalidad. Así por ejemplo, el Tribunal Constitucional español desde temprano, en la sentencia 17/1981, FJ 1º, destacaba el carácter objetivo y concreto de la cuestión de inconstitucionalidad señalando que ésta: (no es) “un instrumento procesal que quepa utilizar para transferir al Tribunal Constitucional la decisión de litigios concretos, que pueden ser resueltos sin acudir a las facultades de que este Tribunal dispone para excluir del ordenamiento las normas inconstitucionales, ni, menos aún, para buscar a través suyo una depuración abstracta del ordenamiento, que normalmente debe ser obra del legislador ordinario, y que sólo a través de una acción cuya titularidad corresponde a muy escasos órganos o partes muy calificadas de ellos, y es ejercitable únicamente dentro de un breve plazo preclusivo, ha sido atribuida a este Tribunal. La cuestión de inconstitucionalidad no es una acción concedida para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la ley, sino un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la ley y a la Constitución”.

Teniendo en lo anterior, una cosa es clara: los autores que defienden un cambio sustancial en el modelo de jurisdicción constitucional a partir de las modificaciones que experimentó la inaplicabilidad en base a la dicotomía control abstracto-control concreto, no pueden estarse refiriendo a la manera cómo la doctrina comparada y la jurisprudencia comparada ha entendido esta distinción. Quien lo expresa con mayor claridad es Fermandois, quien plantea que ha existido una incerteza en la manera de concebir el control concreto, en la medida que ésta “consiste fundamentalmente en comprobar que en el Congreso y en doctrina se tiende a equiparar el control concreto de constitucionalidad, aquel que recae en la sentencia o

---

<sup>478</sup> Cfr. Fromont, M., “La diversité de la Justice Constitutionnelle en Europe”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* », núm. 9 (2005), pp. 91-92.



análisis de inaplicabilidad, a los efectos *interpartes*<sup>479</sup>. No obstante, ninguno de estos autores logra proponer una alternativa mejor a la del Tribunal Constitucional. De hecho, el mismo Fermandois en un intento por conceptualizarlo, está bastante lejos de las categorías conceptuales y finalmente termina identificando el control concreto con el principio de proporcionalidad<sup>480</sup>.

En nuestra opinión, y dado los antecedentes de Derecho comparado examinados anteriormente, el verdadero elemento que permitiría construir una lógica del control concreto en Chile se encuentra en el artículo 93 inciso 11, que exige como requisito de procesabilidad de la acción, el hecho de “que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto”, requisito que como ya hemos visto, en la práctica no ha tenido la atención que se merece.

Lo que sí es importante destacar, es que el control concreto no significa que se debe renunciar a tomarse en serio la Constitución. Una cosa es que indudablemente el control concreto produce consecuencias inevitables en la aplicación práctica de la norma, pero ello no quiere decir que el parámetro de control se flexibilice hasta el punto de desaparecer. En este sentido, lo concreto de la actividad fiscalizadora del Tribunal, al menos en los modelos europeos, no está en la renuncia a tomar en serio la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tanto para consigo mismo como con respecto a otros tribunales. Por todas estas razones, pensamos que realmente no tiene sentido defender bajo ningún punto de vista defender esta suerte de “relativismo constitucional” en que ha incurrido el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia.

Hemos comentado ya anteriormente lo necesario que es a la hora de desarrollar por vía jurisprudencial el capítulo III de la Constitución por tanto no nos volveremos a extender sobre esto. Lo que sí es necesario abordar en este momento es el papel que ha cumplido la sentencia de inaplicabilidad en el sistema de justicia constitucional. De ello hablaremos a continuación.

---

<sup>479</sup> Fermandois, A., “Inaplicabilidad y control concreto del Tribunal Constitucional: enjuiciando la arbitrariedad en la aplicación de la ley”, en *Actualidad Jurídica*, núm. 17 (2008), p. 181.

<sup>480</sup> Cfr. Fermandois, A., *Ob. Cit.*, p. 187 y ss.

### 5.5.4.3.3 La sentencia de inaplicabilidad

Como su nombre lo indica, la sentencia de inaplicabilidad se ha caracterizado en Chile desde siempre por sus efectos *interpartes*. Se trata de un rasgo que mantiene el actual diseño y sobre el cual la doctrina se ha extendido bastante. En este sentido, su principal característica es que si el Tribunal Constitucional determina que el precepto legal impugnado vulnera la Constitución, éste continúa vigente para el resto de situaciones jurídicas futuras en las que se puede aplicar la norma, y sólo la pierde para el caso concreto en el que se plantea el requerimiento. En efecto, como señala Suárez: “la norma sigue vigente y es perfectamente posible que la impugnación de exactamente un mismo precepto legal conduzca en un caso diverso a una decisión distinta del Tribunal Constitucional y, que en ese otro caso, lo considere constitucionalmente aplicable”<sup>481</sup>. Creemos que a pesar de ello, es una buena instancia para la defensa de los derechos.

Lamentablemente, el tema de los efectos de la sentencia ha sido abordado exclusivamente desde la óptica de la norma controlada y no desde la norma que sirve de parámetro de control. Esta última es justamente la que desde nuestra perspectiva resulta más interesante, pues nos permite comprobar la aptitud para generar efectos sobre la totalidad del sistema más allá del caso concreto para el que se plantea, cuestión de suyo relevante en materia de derechos fundamentales. Creemos que perfectamente puede cumplir esta función. Con este propósito, resulta útil echar una mirada al Derecho comparado, en particular al sistema italiano, en la medida de que el nuevo modelo chileno tiende a acercarse a éste, en un diseño donde no existe el recurso de amparo y la única vía disponible para los particulares es el control incidental de constitucionalidad. Así las cosas, en dicho país el juicio incidental de control de constitucionalidad ante la *Corte Costituzionale* ha ido adquiriendo cada vez más relevancia en la tutela jurisdiccional de

---

<sup>481</sup> Suárez, C., “El recurso de inaplicabilidad en Chile a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 13 (2009), p. 641.

los derechos fundamentales, no de manera directa, sino a través de la generación de un corpus dogmático que se ha ido configurando progresivamente con el transcurso del tiempo. Así lo destaca Pizzorusso, quien pone énfasis en que no obstante en el control incidental, a pesar de que los derechos en juego en el proceso constitucional sean los que están en discusión en el proceso *a quo*, el efecto *erga omnes* de la eventual decisión, hace que ésta asuma los caracteres propios de un proceso objetivo, incluso cuando en el proceso *a quo* se discuten derechos subjetivos.

Es obvio que aplicar la Constitución como parámetro de control de normas de inferior jerarquía, implica para el juez no sólo “contrastar la interpretación que ha hecho de la ley aplicable con las normas constitucionales, sino también interpretar dichas normas”<sup>482</sup>. Ya nos hemos extendido bastante en las razones de por qué el Derecho constitucional, pero en especial los derechos fundamentales, requieren de una labor de especificación previa a su aplicación al caso concreto. Al respecto señala Stern, que esa labor debe ser focalizada por la jurisdicción constitucional debido a su función decisoria última<sup>483</sup>, en otras palabras, la Constitución cada vez que necesita ser aplicada, necesita forzosamente ser desarrollada jurisprudencialmente, y como dicho desarrollo requiere de una cierta uniformidad, pues precisamente, algún efecto debería tener la sentencia de control de constitucionalidad sobre la misma Carta Fundamental.

Es aquí, donde precisamente podríamos plantear que radica uno de los fallos del sistema, en relación a cómo se está desarrollando la aplicación práctica de la nueva institucionalidad surgida luego de la reforma constitucional de 2005. Luego de todo lo dicho, es claro que la sentencia de inaplicabilidad no está siendo utilizada con la finalidad antes señalada y las causas de esta subutilización están dadas por los dos factores antes examinados: la excesiva subjetivización de la inaplicabilidad y la teoría del control concreto como sinónimo de un casuismo constitucional. Así las cosas, es

---

<sup>482</sup> Hormazábal, H., *El nuevo Tribunal Constitucional. Los derechos fundamentales y el moderno recurso de inaplicabilidad*, Legal Publishing, Santiago de Chile (2008) p. 37.

<sup>483</sup> Cfr. Stern, K., “Jurisdicción constitucional y legislador”, en Stern, K., *Jurisdicción constitucional y legislador*, Dykinson S.L., Madrid (2009), p. 44.

necesario un cambio en estas circunstancias para que se produzcan mejores resultados, de lo contrario la inaplicabilidad no significará un avance substancial respecto de su antecesora directa que establecía originalmente el artículo 80. De todos modos, actualmente el sistema chileno contempla una segunda posibilidad para que la jurisdicción constitucional se convierta en una auténtica jurisdicción que tutela derechos fundamentales. Siendo optimistas, pareciera ser que la pieza que está destinada a cumplir esa función es la sentencia de inconstitucionalidad y no la de inaplicabilidad. Esto precisamente nos lleva a estudiar cuáles son las vinculaciones existentes entre ambas instituciones, y por cierto, si dicha sentencia viene en definitiva a suplir las carencias de la inaplicabilidad en la tutela de los derechos fundamentales.

#### **5.5.4.4 La declaración de inconstitucionalidad y su papel en la nueva justicia constitucional chilena**

A la luz de lo anteriormente dicho, la atribución contemplada en el artículo 93 N° 7 de la Constitución viene en teoría a hacer las veces de norma de clausura del sistema. Si ello fuera así, sin perjuicio de su irracionalidad, las debilidades del modelo chileno anteriormente comentadas podrían ser consentidas en algún grado. Esto nos obliga a examinar cuáles han sido los efectos de la acción de inconstitucionalidad.

En un principio, parecía ser que la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal, y en consecuencia, expulsarlo del ordenamiento jurídico, revolucionaría la justicia constitucional chilena y significaría un claro robustecimiento del principio de supremacía constitucional. Sin embargo, fuera de todo pronóstico, su impacto ha sido mínimo. En cinco años han sido presentados nueve requerimientos y en dos oportunidades el mismo Tribunal Constitucional ha iniciado el procedimiento de oficio. Solamente en estos dos últimos casos se ha dado lugar a la declaración de inconstitucionalidad.

**Fig. 6 Sentencias de inconstitucionalidad dictadas por el Tribunal Constitucional periodo (2006-2011)**

<b>Rol</b>	<b>Fecha</b>	<b>Materia</b>	<b>Inicio del procedimiento</b>	<b>Resultado</b>
710	06/08/2010	ISAPRES	De oficio	Declara inconstitucionalidad
444	31/12/2009	ISAPRES	Acción popular	Rechaza
450	25/08/2009	FFAA	Acción popular	Rechaza
254	29/07/2009	Abogados de turno	Acción popular	Acoge
343	25/05/2009	Principio <i>Solve et Repete</i>	Acción popular	Acoge
173	17/04/2009	Principio <i>Solve et Repete</i>	Acción popular	Rechaza
80	13/05/2009	Ley del consumidor (responsabilidad de los proveedores)	Acción popular	Rechaza
11	31/01/2008	Ley General de Bancos (terceros poseedores de un inmueble hipotecado)	Acción popular	Rechaza
58	05/06/2007	Inmunidades parlamentarias	Acción popular	Rechaza
90	05/06/2007	Inmunidades parlamentarias	Acción popular	Rechaza
81	26/03/2007	Delegación en materia de justicia tributaria	De Oficio	Declara inconstitucionalidad

El anterior cuadro, pone de manifiesto, que al menos en los números, la atribución del artículo 93 N° 7 no ha producido un cambio significativo en el ordenamiento jurídico. Ello obliga a buscar las causas, en el entendido de que esta es la última alternativa que actualmente está disponible en el ordenamiento jurídico chileno para dar respuesta a las interrogantes que hemos planteado a lo largo de este trabajo.

Una respuesta que puede surgir casi instintivamente, es que esta aparente desidia del Tribunal Constitucional y de los demás actores del sistema, responde nada más que al normal proceso de adaptación a la nueva institucionalidad, y que por tanto, que la justicia constitucional se posicione como un actor relevante dentro del sistema es sólo una cuestión de tiempo. Nosotros lamentablemente no somos tan optimistas. En este sentido, pensamos que de no mediar un cambio jurisprudencial en la materia, el mero transcurso del tiempo será insuficiente para situar a la jurisdicción constitucional en el papel que naturalmente debe cumplir.

Es justamente aquí donde identificamos las otras dos debilidades del modelo: la relación entre la sentencia de inaplicabilidad y la admisibilidad de la acción de inconstitucionalidad, y en segundo lugar, la naturaleza de la sentencia de inconstitucionalidad. Nuevamente, en ninguna de estas dos cuestiones, ni la Constitución ni la LOTC establecen una solución expresa y el problema radica en la manera cómo han sido solucionadas por la jurisprudencia.

#### **5.5.4.5 Relaciones entre inaplicabilidad e inconstitucionalidad**

Como hemos visto, al día de hoy el Tribunal Constitucional no se siente vinculado a su jurisprudencia en sede de inaplicabilidad, debido a la particular noción de control concreto que ha construido. Sin embargo, esta dificultad podría ser superada, precisamente, porque el sistema contempla un mecanismo para unificar la jurisprudencia. En efecto, una cuestión medular en nuestro análisis será preguntarnos por el vínculo entre inaplicabilidad e

inaplicabilidad, en la medida en que esta última fue incorporada al proyecto de reforma constitucional durante la tramitación parlamentaria, precisamente para hacer reducir los perniciosos efectos que el sistema anterior había producido en el principio de igualdad ante la ley, y por tanto, con el objeto de uniformizar la jurisprudencia constitucional.

Sin perjuicio de que el hecho de que la sentencia de inaplicabilidad sea un presupuesto necesario para interponer una acción de inconstitucionalidad haya sido bastante criticada por un sector de la doctrina<sup>484</sup>, sin duda alguna, la única explicación posible de su existencia es para resolver los problemas de dispersión dogmática antes denunciados bajo la vigencia del anterior modelo y que la actual inaplicabilidad tampoco ha sabido responder. Lo anterior nos remite directamente al asunto de marras, es decir, nos lleva a preguntarnos si efectivamente la acción de inconstitucionalidad viene a resolver el casuismo de la sentencia de inaplicabilidad, no obstante su esporádica utilización.

Como ya hemos señalado, según lo establecido por el artículo 93 N° 7 de la Constitución, para interponer la acción de inconstitucionalidad debe existir una sentencia de inaplicabilidad previa sobre el mismo precepto legal. Sin embargo, ni la Constitución ni la LOTC se extienden más allá, respecto de si hay un vínculo más profundo entre ambas sentencias, más allá del hecho de que la inaplicabilidad sirve como presupuesto procesal de la declaración de inconstitucionalidad. Al respecto, el artículo 93 guarda absoluto silencio en este punto. Por otra parte, la LOTC todo lo que agrega en el artículo 47 P), es que: “Si la cuestión de inconstitucionalidad es promovida mediante acción pública, la o las personas naturales o jurídicas que la ejerzan deberán fundar razonablemente la petición, indicando precisamente la sentencia de inaplicabilidad previa en que se sustenta y los argumentos constitucionales que le sirven de apoyo”. En este sentido, la duda que se plantea de manera casi instantánea, es qué es lo que tiene que justificar el solicitante, teniendo en cuenta que el artículo 47 del

---

<sup>484</sup> Por todos: Ríos, L., *Visión crítica de la acción de inaplicabilidad en el Derecho chileno*, en AAVV, *Temas actuales de Derecho Constitucional. Libro homenaje al profesor Mario Verdugo Marinkovic*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile (2009), p. 261.

LOTC establece un acceso tan amplio desde el punto de vista de la legitimación activa.

La primera impresión que produce la regulación de la LOTC, es que basta con reiterar los fundamentos que sirvieron de base a la sentencia de inaplicabilidad. De esta manera, la declaración de inconstitucionalidad operaría de manera casi automática. Si se nos apura, incluso se podría argumentar que esta característica del sistema sería incluso deseable, en la medida que la justificación sería que se trataría de un modelo respetuoso del legislador democrático y lo sería porque, previamente a expulsar un precepto legal del ordenamiento jurídico, el legislador podría rectificar la norma en cuestión con el objeto de buscar un equilibrio con la jurisprudencia constitucional.

Sin embargo, no ha sido este el camino que ha seguido el Tribunal Constitucional a la hora de interpretar este artículo. Es más, en las escasas sentencias que existen, el Tribunal ha negado tajantemente la vinculación entre sentencia de inaplicabilidad y declaración de inconstitucionalidad. El argumento para ello, ha sido nuevamente la teoría de la diferencia entre el control concreto y el control abstracto. Es más, de los nueve casos iniciados por acción popular existentes a fecha, solamente en dos, el tribunal ha accedido a declarar la inconstitucionalidad. El argumento siempre es el mismo: como la inaplicabilidad es un control concreto, es imposible generalizarlo, y por tanto, no basta con los argumentos contenidos en la sentencia de inaplicabilidad previa.

Así por ejemplo, en la sentencia rol 1444 se declara inadmisile el requerimiento debido a que precisamente éste se funda en idénticos fundamentos que la sentencia de inaplicabilidad, señalando que en dicha sentencia existen argumentos que solo son aplicables a ese caso en concreto y que no proceden respecto de un control abstracto como es el que corresponde ejercer en virtud del artículo 93 N° 7<sup>485</sup>.

---

<sup>485</sup>6°. Que el motivo de tal reparo es, en lo sustancial, el hecho de que si bien los requirentes han manifestado expresamente que la inconstitucionalidad que solicitan sea declarada en este proceso se *funda* en “*las mismas consideraciones*” contenidas en los fallos de inaplicabilidad dictados por este Tribunal que citan, en la pretensión que se contiene en el libelo se agregan argumentaciones que resultan incompatibles e incluso contradictorias con el control constitucional abstracto que



Lo curioso es que seis meses más tarde, exactamente la misma norma (artículo 38 TER de la Ley de Instituciones de Salud Provisional) acaba siendo declarada inconstitucional por un procedimiento iniciado de oficio (rol 1170) y no se dice una sola palabra respecto de esta distinción exigida anteriormente. Es verdad que la LOTC no le impone al Tribunal Constitucional la obligación de motivar al respecto, pero por razones de coherencia era aconsejable que lo hubiera hecho, sobre todo teniendo en cuenta que existían 6 sentencias previas que declaraban la inaplicabilidad de dicha disposición<sup>486</sup>.

El ejemplo anterior pone de manifiesto la absoluta desvinculación entre ambas sentencias en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Pero si es que hay una sentencia donde el Tribunal Constitucional ha hablado claro, esa es la rol 558. En ella se establecía claramente en el considerando 17º que: “si bien la sentencia previa de inaplicabilidad es condición del ejercicio de la acción de inconstitucionalidad, ésta es examinada y resuelta en su propio mérito y, adicionalmente, exige la calificación de supuestos vinculados al interés público; de manera que, como lo corrobora la historia del proyecto de reforma constitucional reseñada en lo pertinente anteriormente, el Tribunal Constitucional ejercita su atribución facultativamente y no se encuentra obligado a efectuar una declaración de inconstitucionalidad”.

A nuestro juicio, esto quiere decir que simplemente, en la actual doctrina del Tribunal Constitucional, la declaración previa de inaplicabilidad no cumple ningún papel sustantivo en la de inconstitucionalidad. Esta doctrina resulta doblemente perniciosa, por que vuelve totalmente inconducente a la primera, y a la vez, convierte en absolutamente discrecional a la segunda. Lo anterior queda clarísimo cuando el Tribunal Constitucional trata de justificar su postura. Así por ejemplo, agregó en la misma sentencia antes citada (cons. 19º) que: “Una decisión de tal envergadura requiere, pues, la ponderación de su conveniencia para el orden constitucional que esta Magistratura debe cautelar. El criterio adecuado para calificarlo es la determinación de las consecuencias

---

se pide ejercer a este Tribunal en virtud de la atribución que le confiere el numeral 7º del inciso primero del artículo 93 de la Carta Fundamental.

<sup>486</sup> Roles 976, 1218, 1287, 1273, 1348 y 1552.

de la desaparición del precepto legal. Si deviene una situación más perjudicial o negativa que la preexistente a su anulación, no resulta conveniente para el interés público y la plena vigencia del Estado de Derecho la derogación de la norma”.

Como se puede apreciar, el argumento del Tribunal Constitucional no solamente es poco convincente, sino que incluso es contradictorio. No solo porque la solución que ha adoptado dicho tribunal pugna con todos los principios básicos necesarios para la tutela de los derechos fundamentales, en la medida que los ciudadanos quedan desprotegidos frente a vulneraciones provenientes del Poder Legislativo, sino porque en la práctica significa de abjurar de llevar a cabo la función para la cual fue creado.

Insistimos, si la preocupación es resguardar el ámbito de competencias del legislador, lo que por cierto en una democracia es un fin muy loable, éste estaría mejor protegido si el Tribunal se mantuviera fiel a su jurisprudencia. Lamentablemente, a pesar de que éste es un debate que apunta a las bases del Estado Constitucional de Derecho, a los días de hoy no se ha inventado una mejor solución que el escrutinio racional que los ciudadanos pueden hacer de la labor de la justicia constitucional. Para que ello sea un ejercicio fértil, es más adecuado que no se pueda cambiar de opinión todos los días, o si esto sucediera siempre es mejor que se haga en base a argumentos que se puedan juzgar desde un punto de vista racional.

#### **5.5.4.6 La sentencia de inconstitucionalidad**

En último lugar es pertinente preguntarnos por el lugar que tiene (o que debería tener) la sentencia de inconstitucionalidad en el sistema de fuentes del Derecho. Se debe tener presente que quizás esta puede ser la más discutible de nuestras críticas al modelo que establece la reforma de 2005, pues se trata de un tema que ha sido largamente debatido en varios lugares, y que en algunos casos ha terminado en sendos conflictos de competencias entre los tribunales ordinarios y los constitucionales.

*Grosso modo*, se debe comenzar señalando que la manera cómo la sentencia constitucional produce sus efectos, es distinta según el modelo de justicia constitucional de que se trate. En los sistemas donde el control es difuso, el juez desaplica la ley en la causa en examen. Estos aparentes efectos particulares, la verdad es que se generalizan en base a determinados arreglos institucionales. El caso paradigmático es EEUU, donde esto se logra en virtud de dos principios: estructura jerárquica del Poder Judicial y *stare decisis*. El primero de los principios establece que “un tribunal debe seguir el precedente en el caso análogo”<sup>487</sup>. El segundo, que los tribunales inferiores están obligados a seguir la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>488</sup>. Por lo mismo, si bien la sentencia se pronuncia sobre el caso concreto, produce en la práctica una situación similar respecto de los sistemas donde las sentencias constitucionales tienen efectos *erga omnes*<sup>489</sup>. De esta combinación, se sigue que la doctrina de los tribunales posee la suficiente coherencia, para operar como una suerte de canon constitucional que tiene el mismo valor que el texto constitucional. En este sentido, Lawrence Tribe expresa que en EEUU “el Derecho constitucional no solo consiste en las disposiciones de la Constitución, sino que además lo integra el gran número de decisiones en las que los tribunales se han pronunciado y han interpretado esas disposiciones constitucionales”<sup>490</sup>.

Lógicamente, para evitar la fosilización jurídica el precedente constitucional deberá tener un cierto grado de flexibilidad y en no pocos casos los tribunales suelen apartarse de su doctrina, entonces la gran cuestión será determinar cuál es el grado de libertad que tienen éstos para revocar su jurisprudencia. Sobre esto último en EEUU existe un largo debate acerca de cómo se relacionan la vinculatoriedad del precedente y su adaptabilidad al proceso de evolución social. No cabe duda que la mayor o menor flexibilidad del principio del *stare decisis* está relacionada con la manera en que

---

<sup>487</sup> Alonso, E., *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid (1984), p. 165.

<sup>488</sup> Vid. Bratz, D., “Stare Decisis in Lower Courts: Predicting the Demise of Supreme Court Precedent”, en *Washington Law Review*, núm. 60 (1984-85), pp. 87-100.

<sup>489</sup> Cfr. Morbidelli, G. et al., *Diritto Costituzionale Italiano e Comparato*, Monduzzi Editore, 2ª edición, Colonia (1997), p. 885.

<sup>490</sup> Tribe, L., *American Constitutional Law*, 3ª edición, Foundation Press, Nueva York (2000), p. 78

las distintas corrientes doctrinales conciben la interpretación constitucional, y en último término, conecta directamente con el debate acerca de la legitimidad de la justicia constitucional para decidir en nombre de la Constitución asuntos que poseen una gran connotación pública. Sin perjuicio de que existen distintas visiones acerca del principio del *stare decisis*, todos están de acuerdo en relación a su importancia, y tanto liberales como conservadores, han defendido su papel en el sistema de fuentes del Derecho en distintos momentos de la historia constitucional norteamericana<sup>491</sup>. Incluso el mismo Tribunal Supremo no ha perdido la ocasión para señalar en el voto de mayoría de la sentencia que resolvió el asunto *Webster v. Reproductive Health Services*<sup>492</sup>, que el mencionado principio: “*is a cornerstone of our legal system*”.

Por el contrario, en los sistemas de control de constitucionalidad concentrado los efectos de las sentencias constitucionales no están tan claros. Aquí se pueden dar dos posibilidades. La primera, es que el órgano que realiza dicha función se sitúe dentro del Poder judicial, el ejemplo más clásico es el del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Así las cosas, el artículo 92 de la Ley Fundamental de Bonn señala que: “[e]l Poder Judicial es confiado a los jueces; es ejercido por la Corte Constitucional Federal y por los tribunales federales previstos en la presente Ley Fundamental y por los tribunales de los Länder”. En este contexto, tiene pleno sentido la disposición del artículo 32.1 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional Federal que señala que: “[l]as sentencias del Tribunal Constitucional Federal vinculan a los órganos constitucionales de la Federación y de los Länder, así como a todos los órganos judiciales y a las autoridades administrativas”.

Aunque pareciera que en este caso los efectos de las sentencias de la jurisdicción constitucional están claros, la verdad es que este último artículo ha suscitado un amplio debate en relación a qué es lo que realmente obliga de las sentencias del Tribunal Constitucional. En efecto, afirma Simon que en la doctrina existe división de opiniones sobre si la fuerza vinculante se extiende a los fundamentos jurídicos

---

<sup>491</sup> Cfr. Cooper, Ch., “Stare Decisis: Precedent and Principle in Constitutional Adjudication”, en *Cornell Law Review*, núm. 73 (1987-88), pp. 401-410.

<sup>492</sup> 492 U.S. 490, 518 (1989).

de la decisión o solo al fallo<sup>493</sup>. Es que en efecto, este es el problema que se presenta en todos los sistemas de inspiración europeo continental. Es obvio que si esta discusión se ha planteado en Alemania, donde existe una vinculación orgánica entre Tribunal Constitucional y jueces ordinarios, las razones para plantear este debate son muchos mayores allí donde el Tribunal Constitucional no pertenece al Poder Judicial. Al respecto, los dos ejemplos más clásicos son Italia y España. Esta es justamente la segunda posibilidad, y es la que en efecto ha producido más problemas.

Es que justamente, la cuestión no ha sido nada pacífica es estos países. Célebres son al respecto las polémicas acerca del valor de las sentencias constitucionales que han desembocado en un enfrentamiento directo entre los tribunales constitucionales y tribunales supremos<sup>494</sup>. El argumento es claro y plausible: la vulneración del principio de separación de poderes por parte de la jurisdicción constitucional. La razón es la siguiente: cuando el juez constitucional decide sobre una cuestión de inconstitucionalidad, examina no solo el asunto en particular asegurando la protección de un derecho reivindicada por un sujeto concreto, sino que también ofrece una determinada interpretación de la Constitución, es decir, introduce en el sistema una regla general capaz de orientar el futuro comportamiento ya sea de los jueces ordinarios o del legislador, en cuanto al sentido de las disposiciones constitucionales<sup>495</sup>. Esto es problemático a propósito de la extensión que debe tener dicha función interpretativa, en la medida que es sumamente difícil separar con claridad los ámbitos de competencias del juez constitucional y del juez ordinario, pues de acorde con el principio de división de poderes, el juez constitucional solo tiene competencia para interpretar la Constitución y no la ley, pues esto último es una atribución exclusiva del juez ordinario. Pero a la vez, debido a que

---

<sup>493</sup> Cfr. Simon, H., “La jurisdicción Constitucional”, en Benda, E., et al. *Manual de Derecho constitucional*, 2 ed., (López, A., trad.), Marcial Pons, Madrid (2011), pp. 842-843.

<sup>494</sup> Vid. Romboli, R., “Giudici comuni e Corte Costituzionale nel giudizio sulle leggi”, en AAVV, *50 años de Corte Constitucional italiana 25 años de Tribunal Constitucional español. IV Jornadas Italo-españolas de Justicia Constitucional*, Gobierno de España-Ministerio de la Presidencia, Madrid (2007), pp. 359-402.

<sup>495</sup> Cfr. Rolla, G., “Giudizio de legittimità costituzionale e tutela dei diritti”, en Fernández, F. (coord.), *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Dykinson S.L., Madrid (2008), p. 923

en el Estado constitucional de Derecho la ley debe estar subordinada a la Constitución, las posibilidades de solapamiento de competencias son altamente probables. Si a esto le sumamos, que el juez ordinario está obligado tanto a la ley como la Constitución, el conflicto se vuelve inevitable. En este sentido, como destaca De la Oliva, es sumamente relevante a la hora de resolver este verdadero nudo gordiano, determinar cómo construir un diseño “que respete mejor la exclusividad excluyente de la jurisdicción ordinaria en cuanto a la tarea de ‘juzgar y hacer ejecutar lo juzgado’, y en este sentido, que también respete la superioridad del Tribunal Supremo en todos los órdenes salvo en materia de garantías constitucionales”<sup>496</sup>.

Sin embargo una cosa es clara. Resulta obvio que la sentencia constitucional algún efecto más allá del caso concreto debe producir, de lo contrario la justicia constitucional sería una institución que carecería de relevancia práctica en su papel de intérprete privilegiado de la Constitución. Por esta razón, en ambos países un sector importante de los autores y la judicatura ha defendido que, los fundamentos de las sentencias de algún modo también deben vincular al juez ordinario. Este ha sido justamente la posición que han asumido la gran mayoría de los Tribunales Constitucionales europeos, aunque ello no ha sido en caso alguno una tarea fácil, pues significa alterar en alguna medida el sistema de fuentes del Derecho. Al respecto, puntualiza Rubio Llorente que “la recepción de un concepto de Constitución fundamentalmente distinto al imperante en Europa desde comienzos del siglo XIX implica necesariamente una transformación radical del ordenamiento, que se judicializa; las sentencias del juez de la constitucionalidad se convierten necesariamente en fuente del Derecho”<sup>497</sup>.

En Chile este debate aún no se ha producido. Desde luego, nadie discute que las sentencias del Tribunal Constitucional son

---

<sup>496</sup> De la Oliva, A., “Tribunal Constitucional y Jurisdicción ordinaria: causas, ámbitos y alivios de una tensión”, en De la Oliva, A. y Díez-Picazo, I., *Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, McGraw Hill, Madrid (1996), p. 7.

<sup>497</sup> Rubio, F., “Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, núm. 4 (1982), p. 54.

obligatorias respecto del caso concreto para el que se pronuncian en materia de inaplicabilidad. Tampoco sería sensato sostener lo contrario respecto de las sentencias de inconstitucionalidad, en cuanto a las que acogen la acción, con el agregado de que estas además producen efectos generales respecto de la norma declarada inconstitucional. Sin embargo, ningún autor ha ahondado en lo que para nosotros resulta más relevante, es decir, aquello que dice relación con si los razonamientos empleados por el Tribunal Constitucional son aplicables a otros casos similares en lo futuro, tanto en las sentencias estimatorias como en las desestimatorias.

La cuestión no es nada fácil. Como lo muestra la experiencia europea, para cumplir con este propósito dichas *rationes decidendi* deben vencer un doble obstáculo: “el que implica, de una parte el principio básico de la sujeción exclusiva del juez a la ley (...) y el que resulta, de la otra de la separación existente entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria”<sup>498</sup>. Esto se traduce en el hecho que los ordenamientos pertenecientes al *civil law* carecen de la aptitud natural para resolver esta disyuntiva, y por tanto se debe pensar en una solución que supla esta carencia. En este sentido, los distintos países han resuelto este problema de diferentes maneras, todas ellas pueden ser alternativas a discutir para el modelo chileno. Por ejemplo, en el caso italiano a falta de norma expresa, la *Corte Costituzionale* ha apostado por incluir las *ratione decidendi* en la parte dispositiva del fallo, aunque esta solución no ha estado exenta de dificultades. En el caso Español, el legislador orgánico se la juega por una regla expresa en el artículo 5° de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>499</sup>, incluso a riesgo de que ésta pueda generar dudas sobre su inconstitucionalidad.

En Chile, la única norma que se refiere a los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional, sólo lo hace con respecto a dos aspectos puntuales como son: la cosa juzgada misma y la nulidad del acto o disposición declarada inconstitucional (en el caso del artículo 93 N° 16 con carácter *ipso iure*, y en el caso en los

---

<sup>498</sup> Rubio, F., *La forma...*, Cit., p. 485.

<sup>499</sup> “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las Leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”.

demás que allí se señalan a partir de la publicación de la sentencia en el Diario Oficial), pero guardan silencio en relación a los efectos de la sentencia fuera del caso para el cual se pronuncia. La doctrina se ha pronunciado poco al respecto, aunque hay algunos indicios que indican que el debate comienza ya a plantearse en la novel jurisdicción constitucional chilena. Así por ejemplo, para Fermandois los efectos propios de las sentencias del Tribunal Constitucional no son solo los indicados en el artículo 94 de la Constitución, sino que existen además otros efectos más amplios. Estos dicen relación con la obligación que tienen los diversos órganos del Estado –él habla únicamente de los órganos legislativos y administrativos- de vincularse a la interpretación que efectúe el Tribunal Constitucional del Código Político.<sup>500</sup> Pero finalmente concluye con una dosis de pesimismo, citando diversos casos, y agregando que dichos órganos no se han sujetado íntegramente en sus actuaciones a la doctrina que emana del Tribunal Constitucional<sup>501</sup>.

Dentro de la propuesta que delineamos en este trabajo, justamente este punto resulta clave para poder vincular los mecanismos objetivos de defensa de los derechos fundamentales con los procesos subjetivos antes analizados y es precisamente en este ámbito donde se debe situar la norma de clausura del sistema, aunque como ya hemos hecho presente, ello no sucederá simplemente por el mero transcurso del tiempo y es necesario un cambio de actitud en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y por supuesto ello implica una nueva actitud que asuma que la tutela de los derechos fundamentales supone un ejercicio coordinado de especificación en el que todos los actores del sistema tienen un papel relevante, pero por sobre todo en un contexto como el chileno es necesario que este proceso sea liderado por un órgano que posee las competencias para liderar esta labor.

---

<sup>500</sup> Fermandois, A., “Efecto vinculante de las sentencias del tribunal Constitucional”, en Zúñiga, F., (coord.), *Reforma Constitucional*, Lexis Nexis, Santiago de Chile (2005), p. 689 (685-696).

<sup>501</sup> Fermandois, A., Ob. Cit., p. 696.





## **A MODO DE CONCLUSIÓN: SEGUIR AVANZANDO EN LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.**

El viaje que hemos realizado en estas páginas representa un esfuerzo por aportar claridad en un ámbito que en Chile cada vez ha ido concitando más atención en los últimos 15 años, pero en el que aún existen bastantes dudas. En este sentido, más que una propuesta articulada, este trabajo tiene por objeto producir insumos para un debate que es necesario acerca de cuál es la manera más provechosa de tutelar los derechos fundamentales, pero también permite hacer una predicción sobre las posibilidades del constitucionalismo chileno, sobre todo teniendo en cuenta las características poco favorables de la Constitución de 1980 para lograr el éxito de esta empresa.

En el capítulo primero hemos dado cuenta de las complejidades que supone la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, y a la vez, hemos propuesto un modelo de análisis que trata de compatibilizar la tutela de los derechos fundamentales con el respeto del principio democrático. Normalmente se dice que los derechos fundamentales son derechos subjetivos, sin embargo, las particularidades de los enunciados lingüísticos que los reconocen obligan a una operación de determinación de su contenido. Este hecho conecta irremediabilmente las garantías objetivas con las subjetivas. Sin embargo, la imposibilidad de poder derivar del texto constitucional un contenido objetivo de manera racional por parte de los tribunales conspira en contra de la tesis de la única respuesta correcta en materia de derechos fundamentales. Todo esto es de vital importancia, pues si la tesis de la única respuesta correcta no es verdadera, entonces la garantía jurisdiccional adquiere una trascendencia de primer orden en la determinación del contenido de los derechos. En otras palabras, los derechos fundamentales son aquello que van resolviendo en el tiempo los tribunales de justicia.

Con el objeto de minimizar los problemas anteriormente señalados, nuestra apuesta descansa en poner especial cuidado en las normas

de garantías de los derechos fundamentales. En este sentido, hemos propuesto que los distintos mecanismos de tutela jurisdiccional deben actuar integrados en un sistema de garantías, en virtud del cual la jurisprudencia debería ir realizando dicho proceso de especificación constitucional de manera uniforme y estable en el tiempo y además que en dicho proceso debe tener algún grado de participación la ciudadanía. Para estos efectos, en nuestro ámbito las sentencias judiciales al menos deberían cumplir con los requisitos de: universalidad, efectos generales y estar respaldadas por un procedimiento en el que las partes, e incluso la ciudadanía, pueda participar en la generación de la decisión judicial. Hemos finalizado este capítulo delineando un modelo de tutela jurisdiccional de los derechos que nos parece plausible dada las dificultades antes comentadas. En concreto, nuestra propuesta plantea que cualquier diseño de garantías jurisdiccionales en materia de derechos fundamentales debe estar articulado en base a un sistema que debe estar informado por al menos tres principios: coherencia, generalidad y participación.

En el capítulo segundo, partiendo de la base de la estrecha conexión entre derechos y garantías, examinamos lo que se entiende en Chile por derechos fundamentales. Sin duda este es un paso necesario en cualquier análisis que busque respuestas en torno a proteger los derechos fundamentales. En el caso chileno, lamentablemente la conclusión es que las circunstancias de la especie que dieron origen a la Constitución de 1980 siguen siendo altamente incidentes en el producto final: hoy en día el sello del constituyente autoritario de 1980 sigue presente en la declaración de derechos, la que posee un contenido que se caracteriza por cuatro rasgos que confirman esta circunstancia: menosprecio del legislador democrático, fuerte contenido ideológico, predilección por las libertades negativas de contenido económico e inspiración iusnaturalista. Estos cuatro rasgos se han ido acentuando fuertemente en virtud de que en el medio jurídico chileno ha primado el originalismo interpretativo a la hora de dar contenido a los conceptos jurídicos indeterminados propios de la declaración de derechos, a pesar de los problemas de legitimidad de origen de la Carta de 1980. Ello, por cierto, representa un desafío para los tribunales chilenos en la medida que completar el proceso de transición a la democracia implica, ante la imposibilidad de reformas estructurales, comenzar a leer la Constitución incorporando las visiones propias de una sociedad

heterogénea y pluralista como lo es actualmente la sociedad de dicho país.

Desde el punto de vista adjetivo, las conclusiones del capítulo segundo son relevantes para todo el desarrollo del siguiente capítulo. En este sentido, los mismos rasgos anteriormente señalados se plasmarán en los mecanismos de garantía jurisdiccional que contempla la Constitución chilena. En efecto, la conclusión más evidente en esta parte del trabajo, es que los recursos de protección, amparo, amparo económico, reclamación por pérdida de la nacionalidad e indemnización por error judicial, están lejos de las condiciones defendidas en el capítulo primero. En cierto modo, ninguna de estas tres condiciones se cumple íntegramente en este caso. Todo lo dicho en los dos párrafos anteriores permite comprobar que ninguno de los señalados procedimientos tiene la aptitud para garantizar derechos fundamentales en el marco de un Estado Constitucional de Derecho. El caso paradigmático es sin duda el del recurso de protección, donde comprobamos a través de un análisis bastante documentado, no solo sus problemas de diseño y su ADN autoritario, sino también denunciamos las disfunciones que produce en la tutela de los derechos.

En el capítulo cuarto, se examinaron los procedimientos que han sido creados por el legislador democrático y el balance es sin duda mucho más positivo que en caso anterior, y resulta evidente que la intervención del legislador democrático ha significado un avance en la tutela de los derechos fundamentales en Chile, aunque de todos modos, se debe señalar que los resultados son dispares. Es claro que el ejemplo más exitoso es el proceso penal, que mezcla diversidad de herramientas procesales y además pone como centro de gravedad al juez ordinario, haciendo bastante accesible todos estos mecanismos para el ciudadano que está siendo objeto de persecución penal. En los otros casos estudiados, se presentan algunos problemas de diseño y coordinación. La razón está dada principalmente porque la visión de sistema de garantías ha estado ausente del diseño institucional y hoy en día conviven procedimientos que representan visiones completamente distintas de la tutela jurisdiccional.

Desgraciadamente, y a pesar del progreso que ha significado la intervención del legislador democrático, ésta no siempre ha sido consistente y últimamente se ha observado una fuerte tendencia a la fragmentación lo que se ha expresado en la creación de procedimientos específicos como la tutela laboral o el procedimiento que contempla la última reforma al Código Tributario. Ello supone un doble problema, pues una proliferación de procedimientos que funcionan de manera aislada hace difícil mantener la coherencia, pero también esta idea de la especialidad tiene como trasfondo una concepción del procedimiento ordinario como una vía poco idónea para la tutela de los derechos fundamentales. Esta tendencia incluso se encuentra presente en el proyecto de ley antidiscriminación que se tramita actualmente en el Congreso y en este sentido, como lo más probable es que se apruebe pronto tendremos un nuevo procedimiento con estas características.

En función de lo anteriormente dicho, si es que actualmente existe una gran debilidad en el Derecho chileno a propósito de los distintos procedimientos que configuran el elenco de garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales, esta es la falta de interacciones entre éstos. En este sentido, se echa de menos un órgano que cumpla la función de vertebrar todos estos procedimientos y que sea capaz de producir un corpus dogmático estable y vinculante para el resto de tribunales. La gran oportunidad para subsanar este vacío estuvo dada por la reforma constitucional de 2005, la que desgraciadamente fue desaprovechada. Eso sí, se debe reconocer que ha sido meritoria la decisión de abrir la jurisdicción constitucional a la ciudadanía, pues ello ha sido determinante para que los derechos fundamentales se conviertan en una preocupación central dentro del Derecho público chileno. Sin embargo, el diseño de las atribuciones de control de constitucionalidad presenta problemas serios que no han permitido que dicho órgano asuma el papel de una auténtica jurisdicción constitucional que proteja derechos fundamentales.

Como sea, es criticable la poca prolijidad que se observó durante el debate de las señaladas reformas constitucionales, teniendo en cuenta que el modelo de justicia constitucional chileno presenta una evolución histórica bastante *sui generis* que se remonta al recurso de inaplicabilidad creado por la Constitución de 1925, y en este sentido, arrastra problemas que están bastante documentados desde

hace tiempo. Al respecto, la literatura especializada fue bastante categórica en dar cuenta del completo fracaso de esta institución. Los problemas que había presentado la inaplicabilidad tampoco fueron solucionados por la creación del Tribunal Constitucional en 1970. Por el contrario, en los últimos días de vigencia de la Constitución de 1970 conviven dos herramientas que provienen de lógicas completamente contradictorias y producen más problemas que soluciones. Que el constituyente de 1980 haya mantenido esencialmente el mismo modelo de su antecesora, solamente es explicable por las circunstancias históricas concretas que rodearon dicho período, lo que hizo imposible para el constituyente de 1980 advertir las disfunciones que provocaba este diseño institucional.

No obstante ya a poco andar, quedaron en evidencia los problemas del modelo chileno. Esta fue la principal motivación de la reforma de 2005 en materia de justicia constitucional, que como hemos visto se caracteriza por establecer dos acciones en manos del Tribunal Constitucional: la inaplicabilidad, con efectos *interpartes*, y la inconstitucionalidad, con efectos *erga omnes*. Sin embargo, creemos que a pesar de esta rareza el modelo de justicia constitucional chileno tiene posibilidades de seguir desarrollándose. No obstante, el Tribunal Constitucional, secundado por gran parte de la doctrina, ha hecho todo lo posible para que ello no suceda, interpretando los textos de una manera absolutamente mezquina a pesar de que la actividad litigiosa del Tribunal ha subido exponencialmente después de la reforma.

Esta visión, poco funcional a la tutela de los derechos fundamentales, que actualmente presentan las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad, se puede sintetizar en tres ideas: idea equivocada del parámetro de control en la inaplicabilidad, desconexión entre inaplicabilidad e inconstitucionalidad y timidez a la hora de concebir los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad. Todo esto ha incidido para que los efectos de la reforma constitucional de 2005 hayan estado lejos de alcanzar los resultados esperados a pesar del aumento de sentencias en términos cuantitativos. En nuestra opinión, esto es fácilmente corregible, pues ni la Constitución ni la LOTC establecen expresamente las soluciones que ha decidido aplicar el Tribunal Constitucional. En consecuencia, simplemente bastaría con un giro en la jurisprudencia, al menos para enmendar la manera de

entender la idea del control concreto y las relaciones entre inaplicabilidad e inconstitucionalidad. Se ha de reconocer, eso sí, que la última cuestión es más polémica de todas. No en vano, el problema de los efectos de las *rationes decidendi* de las sentencias ha sido intensamente debatido en países como Italia y España.

De todas formas, no quisiéramos concluir este estudio con una nota de optimismo, sin duda hay razones de sobra. Como nunca antes están dadas las condiciones en Chile para seguir avanzando en la construcción de un Estado de Derecho vigoroso. Las circunstancias son las apropiadas y no difieren en gran medida respecto de otros países que han logrado con éxito transitar por el mismo camino, pero para ello es necesario realizar los ajustes correspondientes. En este contexto, este trabajo es una propuesta de sistematización, que más que una solución definitiva es una invitación al debate, que si se asume con seriedad, de seguro producirá resultados alentadores, sobre todo teniendo en cuenta que actualmente la sociedad chilena cuenta con el activo más importante: el deseo de querer dejar atrás de manera definitiva uno de los periodos más oscuros de su historia política.

## Bibliografía

AAVV, “Tribunal Constitucional de Chile”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 2 (1998), pp. 75-104.

Accatino, D., “La interpretación de los derechos fundamentales y la seguridad jurídica. “Una mirada a la práctica constitucional chilena”, en Bordalí, A. (coord.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Lexis Nexis – Universidad Austral de Chile (2007), pp. 17-29

Ackerman, B., "The Rise of World Constitutionalism", en *Virginia Law Review*, vol 83, núm. 4, (1997), pp. 771-797.

Aldunate, E., “Análisis crítico de las reformas propuestas al Tribunal Constitucional”, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, núm 212 (2002), pp. 19-32.

Aldunate, E., “El efecto de irradiación de los derechos fundamentales”, en Ferrada, J.C. (coord.), *La constitucionalización del Derecho chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, (2003), pp. 13-38.

Aldunate, E., “La fuerza normativa de la Constitución y el sistema de fuentes del Derecho”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 32 (2009), pp. 443-484.

Aldunate, E., “Panorama actual del amparo y hábeas corpus en Chile”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 5, núm. 1 (2007), pp. 19-29.

Alessandri, A., *Recuerdos de gobierno*, tomo II, Editorial Nascimento, Santiago de Chile (1967).

Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª edición, CEPC, Madrid (2007).

Alonso, E., *La interpretación de la Constitución*, CEC, Madrid (1984).



Arenas, M., *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*, Tirant lo Blanch – Agencia Española de Protección de Datos, Valencia (2006).

Atria, F., “Inaplicabilidad y coherencia: contra la idea del legalismo”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 12 (2001), pp. 119-156.

Atria, F., “La hora del Derecho: los ‘derechos humanos’ entre la política y el Derecho” en *Estudios Públicos*, 91, (invierno 2003), pp. 45-89.

Atria, F. *Los peligros de la Constitución*, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile (1997).

Atria, F., “El Tribunal Constitucional y la objeción democrática”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20 núms. 2-3, tomo I (1993), pp. 367-378.

Atria, F., “Revisión judicial: el síndrome de la víctima insatisfecha”, en *Estudios Públicos*, núm. 79 (2009), pp. 347-402;

Barnes, J., “Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario” en *Revista de Administración Pública*, núm. 135 (1994), pp. 495-522.

Bassa, J., *El Estado Constitucional de Derecho. Efectos sobre la Constitución vigente y los derechos sociales*, Lexis Nexis, Santiago de Chile (2008).

Bassa, J. y Viera, C., “Contradicciones de los fundamentos teóricos de la Constitución chilena con el Estado constitucional: notas para su reinterpretación”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXI, núm. 2, (2008), pp.131-150.

Bayón, J.C., “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en Carbonell, M. y García, L. (coords.), *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid (2010), pp. 285-355.

Bellamy, R., *Political Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge (2007).

Bellamy, R. y Castiglione, D., “Constitutionalism and Democracy - Political Theory and the American Constitution”, en *British Journal of Political Science*, vol. 27, núm. 4, (1997), pp. 595-618.

Bertelsen, R., “El Estado empresario en la Constitución de 1980”, en *Revista Chilena de Derecho*, núm. 14 (1987) pp. 115-125.

Bertelsen, R., “El recurso de protección y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Examen de quince años de jurisprudencia”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 25, núm. 1 (1998), pp. 139-178.

Bickel, A., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2ª edición, Yale University Press, New Haven (1986).

Bobbio, N., *Contribución a la Teoría del derecho*, Editorial Debate, Madrid (1990).

Böckenförde, E.W., “Cómo se interpretan en el derecho constitucional alemán los derechos fundamentales” en Fernández, F. (coord.) *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Dykinson, Madrid (2008), pp. 415-432.

Böckenforde, E. W., *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid (2000).

Böckenförde, E. W., “The Basic rights: Theory and Interpretation”, en Böckenförde, E. W., *State, Society and Liberty. Studies in Political Theory and Constitutional Law*, Berg Publishers Limited (1991), pp. 175 – 203.

Bordalí, A., “La tutela de los derechos fundamentales bajo un sistema dual de justicia constitucional”, en Bordalí, A. (coord.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Lexis Nexis, 2ª, Santiago de Chile (2007), pp. 33-65.

Bordalí, A., “El recurso de protección como proceso de urgencia”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31 núm. 2 (2004), pp.

Bordalí, A., “El recurso de protección: entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol.19, núm. 2 (2006), pp. 205-228.

Bordalí, A., *Temas de Derecho procesal constitucional*, Editorial Fallos del Mes, Santiago de Chile (2002).

Bork, R., “Neutral Principles and Some First Amendment Problems”, en *Indiana Law Journal*”, vol. 47 núm. 1 (1971-2), pp.1-35.

Bratz, D., “Stare Decisis in Lower Courts: Predicting the Demise of Supreme Court Precedent”, en *Washington Law Review*, núm. 60 (1984-85), pp. 87-100.

Brewer-Carías, A., “Les garanties constitutionnelles des droits de l’homme dans les pays de l’Amérique Latine », en idem, *Etudes de droit public compare*, Bruylant, Bruselas (2001), pp. 275-350.

Buchheister, A. y Soto, S., “Criterios para la calificación de normas orgánico constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, núm.2 (2005), pp. 253-275.

Caamaño, E., “La tutela jurisdiccional de la libertad sindical”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 19, núm. 1 (2006), pp. 77-104.

Calamandrei, P., *Instituciones de Derecho procesal civil*, vol. II, Librería El Foro, Buenos Aires (1996).

Carey, J., “Las virtudes del sistema binominal”, en *Revista de Ciencia Política (PUC)*, vol 26, núm. 1 (2006), pp. 226-235.

Carey, J., y Siabelis, P., “El seguro para los subcampeones electorales y la sobrevivencia de la Concertación” en *Estudios Públicos*, núm. 90 (2003), pp. 5-27.

Carocca, A., “La Corte Suprema y sus competencias en Chile. Reflexiones sobre las funciones de la Corte Suprema”, en *Ius et Praxis*, año 4, núm. 1 (1998), pp. 189-220.

Carrasco, S. y Morrison, R., “Estudio comparativo de los proyectos de reforma a la Constitución Política de 1925 presentados con fecha 7 de julio de 1964, 30 de noviembre de 1964 y 17 de enero de de 1969”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 6, núms. 1-4, pp. 149-182.

Carrillo, M., “Las hipotecas de la Constitución de Chile”, en *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 115 (2002), pp. 81-98.

Carvajal, H., *La Corte Suprema*, Imprenta El Esfuerzo, Santiago de Chile, (1940).

Casarino, M., *Manual de Derecho procesal. Derecho procesal orgánico*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile (1992).

Casper, G., “The ‘Karlsruhe Republic – Keynote Address at the State Ceremony Celebrating the 50th Anniversary of the Federal Constitutional Court”, en *German Law Journal*, vol. 2, núm. 18 (2001), [versión electrónica].

Castedo L., *Chile: Vida y muerte de la república parlamentaria. De Balmaceda a Alessandri*, Editorial Sudamericana, Santiago de Chile (2001).

Cea, J., “El Tribunal Constitucional y el control de las leyes”, en Nogueira, H. (coord.), *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*”, Librotecnia-Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Santiago de Chile (2009), pp. 73- 101.

Cea, J., “La justicia constitucional y el tribunal de la Constitución en Chile”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol.12, núm. 1 (2001), pp. 107-118.

Cerri, A., *Corso di giustizia Costituzionale*, Giuffrè Editore, Milano (2004).

Cooper, Ch., “Stare Decisis: Precedent and Principle in Constitutional Adjudication”, en *Cornell Law Review*, núm. 73 (1987-88), pp. 401-410.

Cortez, G., *El recurso de nulidad*, Legal Publishing, Santiago de Chile (2006).

Covarrubias, I., “Subsidiariedad y Estado empresario”, en *Revista de Derecho Público (Universidad de Chile)*, 66 (2004), pp. 251-272.

Couso, J. y Coddou, A., “Las asignaturas pendientes de la reforma constitucional chilena”, en Fuentes, C. (ed.), *En nombre del pueblo: debate sobre el cambio constitucional en Chile*, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile (2010), pp. 191-213.

Cumplido, F., “La reforma constitucional de 1989 al inciso segundo del artículo 5º de la Constitución: sentido y alcance de la reforma. Doctrina y jurisprudencia”, en *Ius et Praxis*, vol. 9, núm. 1, 2003, pp. 365-374.

Cumplido, F., “Tribunal Constitucional y Corte Suprema”, en *Ius et Praxis*, año 4, núm. 1 (1998), pp. 335-338.

Cruz Villalón, P., “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25 (1989), pp. 35-62.

Chiovenda, G., *Principios de Derecho procesal civil*, tomo II, Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid (1977).

Choudhry, S., “The Lochner era and Comparative constitutionalism”, en *International Journal of Constitutional Law* (University of Oxford), Vol. 2, núm. 1 (2004), pp. 1-55.

Davis, M., “A Government of Judges: An Historical Re-Review”, en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 35 (1987), pp. 559-580.

De la Oliva, A., “Tribunal Constitucional y Jurisdicción ordinaria: causas, ámbitos y alivios de una tensión”, en De la Oliva, A. y Díez-Picazo, I., *Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, McGraw Hill, Madrid (1996), pp. 3-66.

De Páramo, J., *H. L. A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, CEC, Madrid, 1984.

De Vergottini, G., *Derecho Constitucional Comparado*, Editorial Universidad, Buenos Aires (2005).

Díez, S., *Personas y valores. Su protección constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile (1999).

Díez-Picazo, L., *Sistema de derechos fundamentales*, 3ª edición, Thomson-Civitas, Madrid (2008).

Dworkin, R., *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona (1992).

Dworkin, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona (1984).

Eder, P., “Judicial Review in Latin America”, en *Ohio State Law Journal*, núm. 21, (1960), pp. 570-615.

Ehlers, D., “La protección de los derechos fundamentales en Europa. Una contribución desde la perspectiva alemana”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 77 (2006), pp. 27-50.

Errázuriz, J. y Otero, J., *Aspectos procesales del recurso de protección*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile (1989).

Errázuriz, M., “Bases de la nueva institucionalidad chilena”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol 6, núm. 1-4 (1979), pp. 192-212.

Favoreau, L et al. *Droit des libertés fondamentales*, 5ª edición, Dalloz, Paris (2009).

Fernandois, A., “Efecto vinculante de las sentencias del tribunal Constitucional”, en Zúñiga, F., (coord.), *Reforma Constitucional*, Lexis Nexis, Santiago de Chile (2005), pp. 685-696.

Fernandois, A., “Inaplicabilidad y control concreto del Tribunal Constitucional: enjuiciando la arbitrariedad en la aplicación de la ley”, en *Actualidad Jurídica*, núm. 17 (2008), pp. 175-192.

Fernández, F., “Los sistemas de garantías jurisdiccionales de los derechos”, en AAVV, *Manuel Fraga. Homenaje académico*, tomo I, Fundación Cánovas del Castillo, Madrid (1997), pp. 463-532.

Fernández, M., “La sentencia del Tribunal Constitucional, su eventual carácter vinculante y la inserción en las fuentes de Derecho”, en *Estudios Constitucionales*, año 4, núm. 1 (2006), pp. 126-129.

Ferrada, J.C., “Abriendo camino en la tutela de derechos fundamentales en materia laboral: buenas intenciones, malos instrumentos (Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó)”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 21, núm. 2 (2008), pp. 251-271.

Ferrada, J.C., “La Constitución económica de 1980. Algunas reflexiones críticas”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, núm. 11, (2000).

Ferrada, J.C., “Los derechos fundamentales y el control constitucional”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, núm. 17 (2004) [versión online]. pp. 113-137.

Ferrada, J.C., et al., “El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 14 (2003), pp. 67-81.

Ferrajoli, L., “El derecho como sistema de garantías”, en Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 5ª edición, Trotta, Madrid, (2006).

Ferrajoli, L., “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales” en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 29 (2006), pp. 15-31.

Ferreres, V., “La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares”, en AAVV, *Los derechos fundamentales*, SELA – Ediciones del Puerto s.r.l. (2003), pp. 41-52.

Ferreres, V., *Justicia constitucional y democracia*, CEPC, Madrid (1997).

Flores, A., “La reforma a la justicia del trabajo”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 6 (2005), pp. 149-159.

Fontaine, A. y González M., *Los mil días de Allende*, Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile (1997).

Fox, G. y Nolte, G., “Intolerant Democracies”, en *Harvard International Law Journal*, vol. 36, núm. 1 (1995), pp. 1-70.

Fromont, M., “La diversité de la Justice Constitutionnelle en Europe”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* », núm. 9 (2005), pp. 89-103.

Fromont, M., *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, Paris (1996).

Garrido, M., *Derechos fundamentales y Estado social y democrático de Derecho*, Dilex S.L., Madrid (2007).

Garrido Montt, M., “La indemnización por error judicial en Chile”, en *Ius et Praxis*, año 5, núm. 1 (1999), pp. 473-482.

Godoy, O., “La transición chilena a la democracia: pactada”, en *Estudios Públicos*, núm. 74, (1999), pp. 79-106.

Godoy, O., “¿Pueden las Fuerzas Armadas ser garantes de la Democracia?”, en *Estudios Públicos*, núm. 61 (1996), pp. 269-307.



Gómez, G., “Algunas ideas críticas sobre la jurisdicción constitucional en Chile”, en *Ius et Praxis*, año 4, núm. 1 (1998), pp. 269-278.

Gómez, G., *Derechos fundamentales y recurso de protección*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile (2005).

Gómez, G., *La jurisdicción constitucional: funcionamiento de la acción o recurso de inaplicabilidad, crónica de un fracaso*, Centro de Investigaciones Jurídicas Universidad Diego Portales, Santiago de Chile (1999), pp. 63-84.

Gómez, G., “La justicia Constitucional en Chile”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 1 (1997), pp. 121-156.

Gómez, G., “La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional”, en Zúñiga, F., (coord.), *Reforma Constitucional*, Lexis Nexis, Santiago de Chile (2005), pp. 651-684.

Gómez, G., “Notas sobre el recurso de amparo económico. La jurisprudencia y la fisonomía de la acción 2001-2006”, en AAVV, *Temas actuales de Derecho Constitucional. Libro homenaje al profesor Mario verdugo Marinkovic*, editorial Jurídica de Chile – Asociación chilena de Derecho Constitucional, Santiago de Chile (2009), pp. 97-118.

González, J., “La fundamentación de las sentencias y la sana crítica”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, núm. 1 (2006), pp. 93-107.

Gozzi, G., *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Editori Laterza, Bari (1999).

Grimm, D., “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence”, *University of Toronto Law Journal*, vol. 57, núm. 2 (2007), pp. 383-397.

Grimm, D., “¿Retorno a la comprensión liberal de los derechos fundamentales?”, en Grimm, D., *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid (2006), pp. 155-174.

Guerra, J., *La Constitución de 1925*, Establecimientos gráficos Balcells, Santiago (1929).

Guzmán, J., “La Constitución Política”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 6, núm. 1-4 (1979), pp. 53-78.

Habermas, J. y Reigh W., “Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles?”, en *Political Theory*, vol. 29, núm. 6 (2001), pp. 766-781.

Habermas, J., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid (2001).

Hart, H., *El concepto de Derecho*, (trad. de G. Carrió), Abeledo Perrot, Buenos Aires, (1963).

Hart, H.L.A., “Post Scriptum (El concepto de Derecho)”, en *Estudios Públicos*, núm. 65 (1997), pp. 223 -263.

Hernández, D., “El recurso de amparo económico. Una tendencia jurisprudencial peligrosamente reduccionista”, en *Estudios Constitucionales*, año 8, núm. 1 (2010), pp. 443-466.

Hernández, D., “Error judicial: ensayo de interpretación constitucional”, en *Ius et Praxis*, vol. 5, núm 1 (1999) pp. 461-472.

Hesse, C., “Significado de los derechos fundamentales”, en Benda et al., *Manual de Derecho Constitucional*, 2º edición, Marcial Pons, Madrid (2001), pp. 83-115.

Hogg, P. y Bushell, A., “The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn’t Such a Bad Thing After All)”, en *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 35 núm. 1 (1997), pp. 75-124.

Hohfeld, W. N., “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, en *Yale Law Journal*, núm. 26 (1916/17), pp. 710 -770.

Hormazábal, H., *El nuevo Tribunal Constitucional. Los derechos fundamentales y el moderno recurso de inaplicabilidad*, Legal Publishing, Santiago de Chile (2008).

Horvitz, M. y López, J., *Derecho procesal penal chileno*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile (2002).

Huneus, A., “El Parlamentarismo en la Constitución de Chile”, en *Revista Forense Chilena*, núm. 12 (1887), pp. 195-249.

Huneus, C., *El régimen de Pinochet*, Editorial Sudamericana, Santiago de Chile, (2000).

Huneus, J., *La Constitución ante el Congreso, o sea comentario positivo de la Constitución chilena*, segunda parte, Imprenta de los Tiempos, Santiago de Chile (1880).

Jellinek, G., *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Società Editrice Libreria, Milán (1912).

Jenks, E., “The story of the Habeas Corpus”, en *Law Quarterly Review*, 18 (1902), pp. 64-77.

Jiménez, J., “El legislador de los derechos fundamentales”, en AAVV, *Estudios en homenaje a Ignacio de Otto*, Servicio de publicaciones Universidad de Oviedo, Oviedo (1993), pp. 473-510.

Kast, M., “Relaciones de la política económica con la administración del Estado de Chile. El Estado empresario y el principio de subsidiariedad”, en *Estudios Públicos*, núm. 13 (1983), pp. 211-228.

Kazor C., “Casos paradigmáticos de la acción de inaplicabilidad como amparo imperfecto: sentencias roles 781,808 y 1201”, en

Marshall, P. (coord.), *Jurisprudencia constitucional destacada. Análisis crítico*, Abeledo Perrot, Santiago de Chile (2011) pp. 239-250.

Kazor, C. y Rojas C., “las deficiencias estructurales y prácticas de la acción de protección”, en *Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)*, año 16, núm. 1 (2009), pp. 169-192.

Kompatzki, D., *El recurso de protección y las denominadas facultades conservadoras de los tribunales de justicia*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Valdivia (2004), inédito.

Laporta, F., *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid (2007).

Lasagabaster, I., *Fuentes del Derecho*, LETE, Bilbao (2007).

Lastarria, J.V., *Elementos de Derecho público constitucional*, 2ª edición, Imprenta Chilena, Santiago de Chile (1848).

Le BOT, O., *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté*, Fondation Varenne, s.l., (2007).

Loewenstein, K., “Militant Democracy and Fundamental Rights II”, en: *The American Political Science Review*, Vol. 31, núm. 4 (1937), pp. 638-658.

López, J., “Debido proceso en Chile: hacia un principio generador de reglas” en Bordalí, A., (coord.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Lexis Nexis – Universidad Austral de Chile, Santiago de Chile (2007), pp. 189 -195.

Martines, T., *Diritto Costituzionale*, 12º ed., Giuffrè Editore, Milán (2010).

Marzi, D., “¿Quién le teme a los derechos fundamentales? Sobre el procedimiento de tutela de la Reforma Laboral”, en *Anuario de Derechos Humanos (Universidad de Chile)*, núm. 6 (2010), pp. 131-139.

Masbernat, P. y Hurtado J., “Crítica al concepto de Orden Público Económico”, en *Revista de Derecho Público (Universidad de Chile)*, 66 (2004), pp. 201-223.

Massone, P., *Tribunales y procedimientos tributarios*, Legal Publishing, Santiago de Chile (2009).

Meins, E., “Inauguración del seminario internacional ‘Derechos humanos, Constitución y tratados internacionales’”, en *Ius et Praxis*, vol.9, núm. 1 (2003), pp. 13-16.

Meny, Y., “El proceso legislativo en Francia”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*”, núm. 16 (1986), pp. 115-178.

Messe III, E., “Toward Jurisprudence of Original Intent”, en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, núm. 11 (1988), pp. 5-12

Modugno, F., *Lineamenti di Teoria del Diritto oggetivo*, Giappichelli Editore, Turín (2009).

Moeller, K., “Balancing and the structure of constitutional rights”, en *International Journal of Constitutional Law (NYU)*, vol. 5, núm. 3 (2007), pp. 453-468.

Mohor, S. y Varas P., “Procedencia del recurso de protección frente a las disposiciones del artículo 19 N° 3 de la Constitución de 1980”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 25 núm. 1 (1998), pp. 279-300.

Morbidelli, G. et al., *Diritto Costituzionale Italiano e Comparatto*, Monduzzi Editore, 2ª edición, Colonia (1997).

Moreso, J., “Sobre los conflictos entre derechos”, en Carbonell, M (coord.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid (2005), pp. 159-170.

Navarro, E., “30 años del recurso de protección”, en Asociación Chilena de Derecho Constitucional, *Temas actuales de Derecho constitucional. Libro homenaje al profesor Mario Verdugo Marinkovic*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile (2009), pp. 141-154.

Navarro, E., “El recurso de amparo económico. Notas sobre 25 años de jurisprudencia”, en *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, núm. 9 (2005), pp. 19-42.

Navarro, E., “El recurso de amparo económico y su práctica jurisprudencial”, en *Estudios Constitucionales*, año 5, núm.2 (2007), pp. 99-119.

Nogueira, H., “Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: la delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales”, en *Ius et Praxis*, vol. 11, núm. 2 (2005), pp. 15-64.

Nogueira, H., *Dogmática Constitucional*, Universidad de Talca, Santiago de Chile (1997).

Nogueira, H., “El control represivo concreto y abstracto de constitucionalidad”, en Zúñiga, F., (coord.), *Reforma Constitucional*, Lexis Nexis, Santiago de Chile (2005), pp. 593-625.

Nogueira, H., “El *habeas corpus* o recurso de amparo en Chile”, en *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), núm. 102 (1998), pp. 193-216.

Nogueira, H., “Revisión de las competencias y relaciones entre la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional en Chile. Reflexiones sobre las competencias de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional en materia de control de constitucionalidad”, en *Ius et Praxis*, año 4, núm.1 (1998), pp. 279-312.

Ossenbühl, F., “Las libertades del empresario según la Ley Fundamental de Bonn”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 32 (1991), pp.9-44.

Paillás, E., *El recurso de protección ante al derecho comparado*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile (1990).

Palermo, F., “La produzione giuridica e i sistema delle fonti”, en Carroza, P. et al (ed.), *Diritto Costituzionale comparato*, Editori Laterza, Bari (2009), pp. 819-852.

Palma, E., “Sobre la intervención del Poder Judicial en Chile luego del 11 de septiembre de 1973”, en *Jueces para la Democracia*”, núm. 32 (1998), pp. 89-92.

Palomo, D., “Tribunal de protección: algunas ideas críticas a partir del modelo español”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 2 (2004), pp. 105-130.

Palomo, D., “Recurso de protección en Chile: luces, sombras y aspectos que requieren cambios”, en AAVV, *La ciencia del Derecho procesal. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, CECOCH – Librotecnia, Santiago de Chile (2009), pp. 335-396.

Peces-Barba, G., *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid (2004).

Pegoraro, L., “La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 6 (2002), pp. 393-416.

Peña, A., *La garantía en el Estado constitucional de Derecho*, Trotta, Madrid (1997).

Peña, C. “La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico interno”, en: Medina, C. y, Mera, J. *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*. Universidad Diego Portales. Serie Publicaciones Especiales. Núm. 6 (1996), pp. 661-687.

Peña, M., “Desafíos para la justicia constitucional chilena a partir de la reforma de 2005” en Peña, M., *Cuatro estudios de justicia constitucional*, núm. 36 (2007), pp. 22-39.

Peña, M., “Inaplicabilidad por inconstitucionalidad: reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, en Nogueira H. (coord.) *La ciencia del Derecho procesal constitucional, Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, CECOCH – Librotecnia, Santiago de Chile (2009), pp. 397-429.

Peñailillo, D., *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago (1997).

Pérez, J.M., *Coherencia y sistema jurídico*, Marcial Pons, Madrid (2006).

Pérez Luño, A., *Los derechos fundamentales*, 9ª edición, Tecnos, Madrid (2007).

Pérez Tremps, P. y Revenga, M., “La protección de los derechos fundamentales en España”, en Pajares, E. (coord.), *La protección de los derechos fundamentales en Brasil, Colombia y España*, Tirant lo Blanch-Instituto de Derecho Público Comparado Universidad Carlos III, Valencia (2005), pp. 17-56.

Pérez Tremps, P., *Sistema de Justicia Constitucional*, Thomson-Civitas, Madrid, (2010).

Perry, M., “Protecting Human Rights in a Democracy: What Role for the Courts?”, en *Wake Forest Law Review*, vol. 38, pp. 635-696.

Pffefer, E., “Algunos problemas que se derivan del control obligatorio de constitucionalidad que ejerce el Tribunal Constitucional sobre las leyes orgánicas constitucionales”, en *Ius et Praxis*, año 4, núm. 1 (1998), pp. 259-268.

Pffefer, E., “El recurso de protección y su eficacia en la tutela de derechos constitucionales en Chile”, en *Estudios Constitucionales*, año 4, núm. 2 (2006), pp. 87-107.

Pffefer, E., *Manual de Derecho Constitucional*, Ediar – Conosur, Santiago de Chile, (1986).

Pierry, P. “Tribunales contencioso - administrativos”, en *Revista de Derecho*, Consejo de Defensa del Estado, año I, núm. 2 (2000), (versión electrónica).

Prakash, S. y Yoo, J., “The Origins of Judicial Review”, en *The University of Chicago Law Review*, núm. 70 (2003), pp. 887 – 982.



Prieto, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid (2003).

Putnam, H., “Are Moral and Legal Values Made or Discovered?”, en *Legal Theory*, núm. 1 (1995), pp. 5-19.

Quinzio, M., *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo II, 2ª edición*, Lexis Nexis, Santiago de Chile (2006).

Rawls, J., *El liberalismo político*, Crítica, Barcelona (2004).

Ríos, L., “Delimitación del recurso de protección frente a otras acciones constitucionales protectoras de derechos fundamentales” en Nogueira, H. (ed.), *Acciones constitucionales de amparo y protección: realidad y prospectiva en América Latina*, Editorial Universidad de Talca, Santiago de Chile (2000), pp. 119-146.

Ríos, L., “El control difuso de la constitucionalidad de las leyes en la República de Chile”, en *Ius et Praxis*, vol. 8, núm 1 (2002), pp. 389-418.

Ríos, L., “El recurso de protección y sus innovaciones procesales”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol 20, núms. 2-3 (1993), pp. 453-466.

Ríos, L., “La acción constitucional de protección en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Estudios Constitucionales*, año. 5, núm. 2 (2007), pp. 37-60.

Ríos, L., “La jurisdicción constitucional en Chile. Su distribución entre la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional”, en *Ius et Praxis*, año 4, núm. 1(1998), pp. 315-330.

Ríos, L., Visión crítica de la acción de inaplicabilidad en el Derecho chileno, en AAVV, *Temas actuales de Derecho Constitucional. Libro homenaje al profesor Mario Verdugo Marinkovic*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile (2009), pp. 257-276.

Rojas, A. et al., *Las garantías individuales en México: su interpretación por el Poder Judicial de la Federación*, Editorial Porrúa, México D.F., (2003).

Roldán, A. y Herreros J., “El proceso laboral de tutela de los derechos fundamentales” en Murillo de la Cueva, P y Carmona, E. (coords.), *La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, Tirant lo Blanch, Valencia (2008).

Rolla, G., “Giudizio di legittimità costituzionale e tutela dei diritti”, en Fernández, F. (coord.), *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Dykinson S.L., Madrid (2008), pp. 913-934.

Rolla, G., “Las perspectivas de los derechos de la persona a la luz de las recientes tendencias constitucionales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 54 (1998), pp. 39-83.

Romboli, R., “Giudici comuni e Corte Costituzionale nel giudizio sulle leggi”, en AAVV, *50 años de Corte Constitucional italiana 25 años de Tribunal Constitucional español. IV Jornadas Italo-españolas de Justicia Constitucional*, Gobierno de España-Ministerio de la Presidencia, Madrid (2007), pp. 359-402.

Romero, A., “Notas sobre la cosa juzgada en el recurso de protección” en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26, Nº 2 (1999), pp. 503-515.

Rovira, A. “Jurisdicción y Constitución”, en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, núm. 102 (1998), pp. 39-57.

Rubano, M., “¿Procede la inconstitucionalidad de fondo y forma o solo la primera?”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 7 (1996), 85 - 98.

Rubio, F., *La forma del poder*, 2ª edición, CEPC, Madrid (1997).

Rubio, F., “Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”, en *Revista*

*Española de Derecho Constitucional*, año 2, núm. 4 (1982), pp. 35-68.

Ruiz-Tagle, P., “La trampa del neopresidencialismo: la Constitución ‘gatopardo’”, en Cristi, R., y Ruiz-Tagle, P., *La República en Chile. Teoría y práctica del constitucionalismo republicano*, LOM Ediciones, Santiago de Chile (2006), pp.197-218.

Ruiz –Tagle, P., “Orden público económico, subsidiariedad y la alternativa democrática”, en Cristo, R., y Ruiz-Tagle, P., *La República en Chile. Teoría y práctica del constitucionalismo republicano*, LOM Ediciones, Santiago de Chile (2006), pp.323-340.

Ruiz-Tagle, P., “Reformas constitucionales para el bicentenario”, en *Anuario de Chile* (2003-2004), pp. 186-194.

Sager, L., *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana* (trad. V. Ferreres y A. Torres), Marcial Pons, Madrid (2007).

Saenger, F., “Control abstracto y concreto en la nueva inaplicabilidad”, en AAVV, *Temas actuales de Derecho Constitucional. Libro homenaje al profesor Mario Verdugo Marinkovic*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile (2009).

Saenger, F., “La lenta agonía del recurso de protección”, en *Revista Chilena de Derecho*, número especial (1998), pp.259-271.

Saenger, F., “Veinte años de recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Sma. Concepción*, núm. 10 (2002) pp. 11-67.

Saenger, F., y Bruna, G., *Inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Jurisprudencia 1980-2005*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile (2006).

Schmitt, C., *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid (1982).

Schneider, H.P., *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, (1991).

Silva, A., *Tratado de Derecho Constitucional*, 2ª edición, tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile (1997).

Silva, A., *Tratado de Derecho Constitucional*, 2ª edición, tomo VII, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile (1997).

Silva A. y Silva, M., “Los derechos naturales ante la Constitución”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28, núm. 2 (2001), pp. 249-252.

Silva, L., “*El control de constitucionalidad de los actos administrativos legales. Un análisis jurisprudencial y comparado*”, Legal Publishing, Santiago de Chile (2009).

Silva, L., “Supremacía constitucional y tutela laboral”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 24, núm. 1 (2011), pp. 31-48.

Simon, H., “La jurisdicción Constitucional”, en Benda, E., et al. *Manual de Derecho constitucional*, 2 ed., (López, A., trad.), Marcial Pons, Madrid (2011), pp. 823-860.

Solari, E., “Recepción en Chile del Estado social de Derecho”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, núms. 2-3 (1993), pp. 333-344.

Soto Kloss, E., “El derecho fundamental de acceso a la justicia (a propósito de requisitos de admisibilidad)”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 25 núm. 1, (1998), pp. 273-278.

Soto Kloss, E., “El recurso de protección: aspectos fundamentales”, en *Revista Chilena de Derecho*”, vol. 11, núms. 1-2, pp.365-372.

Soto Kloss, E., *El recurso de protección. Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile (1982).

Soto Kloss, E., La competencia contencioso-administrativa de los Tribunales Ordinarios de Justicia, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. ,1 N° 3-4, 1974, pp. 349-459.

Soto Kloss, E., “La familia en la Constitución Política”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 21, núm. 2 (1994), pp. 217-225.

Strauss, D., “Common Law Constitutional Interpretation”, en *University of Chicago Law Review*, vol. 63, núm. 3 (1996), pp. 877-935.

Stern K., “Génesis y evolución del constitucionalismo americano-europeo. Algunos comentarios sobre aspectos fundamentales”, en Fernández F. (coord.), *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Dykinson, Madrid (2008), pp. 55-70.

Stern, K., “Jurisdicción constitucional y legislador”, en Stern, K., *Jurisdicción constitucional y legislador*, Dykinson S.L., Madrid (2009), pp. 31-85.

Suárez, C., “El recurso de inaplicabilidad en Chile a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 13 (2009), pp. 641-676.

Suárez, C., “El Tribunal Constitucional y sus competencias. El fantasma del Estado legislativo como un obstáculo al Estado jurisdiccional de justicia constitucional de justicia constitucional. Reflexiones sobre el sistema de control de constitucionalidad en Chile”, en *Ius et Praxis*, año 4, núm. 1 (1998), pp. 243-258.

Taruffo, M., *Páginas sobre justicia civil*, Marcial Pons, Madrid (2009).

Tavolari, R., *Tribunales, jurisdicción y proceso*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile (1994).

Tribe, L., *American Constitutional Law*, 3ª edición, Foundation Press, Nueva York (2000).

Tushnet, M., *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, Princeton (2009).

Ugarte, J., “La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a Zorro”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 20, núm. 2 (2007), 49-67.

Ugarte, J., *Tutela de derechos fundamentales del trabajador*, Legal Publishing, Santiago de Chile (2009).

Urzúa, G., *Manual de Derecho constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile (1991).

Valenzuela, E., “Labor jurisdiccional de la Corte Suprema. Ámbito de su competencia en la práctica y funciones de sus ministros en otros organismos”, en *Estudios Públicos*, núm. 40 (1990), pp. 137-169.

Vial, J., “El control constitucional de la Corte Suprema”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28, núm. 2 (2001), pp. 441-446.

Viera- Gallo, J., “Revisión de las competencias del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema en Chile”, en *Ius et Praxis*, año 4, núm. 1(1998), pp. 339-348.

Von Baer, E., “Sistema binominal: consensos y disensos”, en AAVV, *Reforma del sistema electoral chileno*, Centro de Estudios Públicos – C y C Impresores, Santiago de Chile (2009), pp. 177-206.

Wahl R., y Wieland, J., “La jurisdicción constitucional como un bien escaso. El acceso al *Bundesverfassungsgericht*”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 51 (1997), pp. 11-35.

Waldrom, J., *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid, (2005).

Walter, R. y Lanata, G., *Régimen legal del nuevo proceso laboral chileno*, 4ª edición, Legal Publishing, Santiago de Chile (2008).

Wilkinson, J.H., “Our Structural Constitution”, en *Columbia Law Review*, vol. 104, núm. 6 (2004), pp. 1686-1709.

Wise, J., “Dissent and the Militant Democracy: The German Constitution and the Banning of the Free German Workers Party”, en *University of Chicago Law School Roundtable*, núm. 5 (1998), pp. 307-308.

Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil*, 8ª edición, Trotta, Madrid (2008).

Zagrebelsky, G., *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bolonia, (2008).

Zapata, P., *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el Derecho chileno y comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile (2008).

Zarka, Y., “La invención del concepto de sujeto de derecho”, en Zarka, Y., *La otra vía de la subjetividad*, Dykinson - Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III, Madrid (2006).

Zolo, D., “Teoria e critica dello Stato di diritto”, en Costa, P y Zolo, D (coord.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milán (2006), pp. 17-88.

Zucca, L., *Constitutional Dilemmas. Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and USA*, Oxford University Press, Nueva York (2007).

Zúñiga, F., *Acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad. Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre temas procesales*, Abeledo Perrot – Legal Publishing, Santiago de Chile (2010).

Zúñiga, F., “Controles de la potestad legal y reglamentaria”, en *Ius et Praxis*, año 7, núm. 2 (2001), pp. 105-178.

Zúñiga, F., “El nuevo recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Teoría y práctica” en *Estudios Constitucionales*, año 4, núm. 2 (2006), pp. 135 -174.

Zúñiga, F., “La acción de indemnización por error judicial. Reforma constitucional. Regulación infra constitucional, y jurisprudencia”, en *Estudios constitucionales*, año 6, núm. 2 (2008), pp. 15-41.

Zúñiga, F., “Vieja - Nueva Constitución”, en *Estudios Constitucionales*, año 5, núm. 1 (2007), pp. 360-361.

Zúñiga, F. y Perramont, A., *Acciones constitucionales*, Lexis Nexis, Santiago de Chile (2003).