

Enrique Navarro Beltrán\*

# 200 años de Derecho Público chileno

## I Bicentenario constitucional

Hace algunos días y sin que nadie lo resaltara -como es usual en nuestro país- se conmemoraron los 200 años del primer texto constitucional.

En efecto, el 14 de agosto de 1811 se sancionó el Reglamento para el Arreglo de la Autoridad Ejecutiva Provisoria de Chile, que puede considerarse el “*primer bosquejo de Constitución*”. En dicho texto, el Congreso Nacional señaló su convicción íntima de “*la necesidad de dividir los poderes*” y, por lo mismo, de la importancia de “*fixar los límites de cada uno sin confundir ni comprometer sus objetivos*”.

Posteriormente, el Reglamento Constitucional Provisorio de 1812 reconoció por primera vez derechos y libertades fundamentales, esbozando la separación de poderes y la independencia judicial. Más tarde, el Proyecto de Constitución Provisoria de 1818 alude a los derechos naturales de la persona (seguridad individual, honra, propiedad, libertad e igualdad).

Mientras que la Constitución de 1822 regulará la nacionalidad y ciudadanía, a la vez que establecerá el bicameralismo. La Carta moralista de 1823 fijará, a su vez, la actual organización de la judicatura, a cuya cabeza se encuentra la Corte Suprema. Posteriormente, la Constitución liberal de 1828 fortalecerá las libertades públicas, transformando así la carta fundamental en un límite a los abusos de poder.

Como bien se sabe, durante el siglo XIX rigió en plenitud la Constitución de 1833, que incluso se aplicó -casi sin modificaciones- en forma parlamentaria en el período posterior a la guerra civil de 1891. Puede ser considerada una de las mayores obras jurídicas de nuestro derecho público, así como en el derecho privado lo fue el Código Civil de Bello. Si bien para algunos establecía un presidencialismo fuerte, el Congreso Nacional reservaba para sí la aprobación de las leyes periódicas, entre ellas la de presupuesto.

A su vez, y luego de casi un siglo de vigencia de dicho texto, el Presidente Alessandri plebiscitará en 1925 una nueva Carta Fundamental, que perfecciona las instituciones y los derechos de las personas, reduciendo el rol del Congreso Nacional. Durante su vigencia se aprobaron reformas tendientes a vigorizar el Poder Ejecutivo como colegislador (especialmente en materia de iniciativa exclusiva) a la consagración de órganos

\*Profesor Titular de Derecho Constitucional, Director del Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

autónomos (como la Contraloría General de la República) y a regular especialmente el derecho de propiedad y su función social.

La Constitución de 1980, concebida originariamente como una democracia protegida, sufrió importantes modificaciones el año 1989, con ocasión del plebiscito, que permitieron la transición a la democracia. Más recientemente, el 2005, se aprobaron reformas que comprendieron la casi totalidad del texto aprobado en 1980. En efecto, se incorporó como bases de la institucionalidad la publicidad, se modificó el capítulo sobre nacionalidad y ciudadanía y se hicieron precisiones respecto de ciertos derechos fundamentales y de la procedencia de la protección en materia ambiental.

Pero las grandes reformas fueron sin duda las relativas a la parte orgánica de la Constitución Política. Así, se redujo el mandato presidencial a cuatro años, se fortaleció la facultad fiscalizadora de la Cámara de Diputados y se introdujeron reformas en relación a los tratados internacionales. Se eliminó el rol de garantes de las FFAA y al Consejo de Seguridad Nacional se le otorgaron funciones exclusivamente consultivas. A su vez, la discusión sobre el sistema electoral quedó entregada al legislador. Finalmente, se modificó la normativa del Tribunal Constitucional, tanto en lo relativo a su integración como a sus facultades, entre las cuales destaca ciertamente la acción de inaplicabilidad y la inconstitucionalidad de las leyes.

## II Bicentenario del Congreso Nacional

El Congreso Nacional se establece en 1811 y sesionará a partir del 4 de julio en el edificio del Consulado, en la esquina de calles Bandera y Compañía, el mismo lugar en que un año antes se había celebrado el Cabildo Abierto. Convocado por la Junta de Gobierno, lo conformaron 40 representantes de los departamentos, representándose así las diversas tendencias: realistas, pelucones y patriotas.

Como afirmó fray Camilo Henríquez en su recordado sermón, los legisladores debían ser poseedores de un espíritu de prudencia “para que una Constitución sana, sabia, equitativa y bienhechora, haciendo la dicha de los ciudadanos, sea el fruto de tantos sinsabores, cuidados, angustias y peligros”.

Del trabajo de dicho órgano y de su propósito de “dividir los poderes”, a la vez que fijar “los límites de cada uno”, surge el primer bosquejo de carta fundamental: el Reglamento para el arreglo de la autoridad ejecutiva provisoria de Chile.

El Congreso Nacional se disuelve el 2 de diciembre de 1811, habiendo celebrado 55 sesiones. Entre las medidas adoptadas cabe destacar la ley de “libertad de vientre”, tendiente a poner término a la esclavitud, calificada como una “miserable propiedad”.

Con posterioridad, el Reglamento Provisorio de 1812 establecerá por primera vez un Senado, compuesto de siete individuos (dos por cada una de las provincias de Co-

quimbo y Concepción y tres por Santiago), teniendo presente que “sin su dictamen no podrá el Gobierno resolver en los grandes negocios que interesen la seguridad de la Patria”. Su primer presidente fue el sacerdote Pedro Vivar y Azua y también lo integraron fray Camilo Henríquez, Juan Egaña, José Nicolás de la Cerda, Francisco Ruiz-Tagle, Manuel Antonio Araoz y José Gaspar.

La Constitución Provisoria de 1818 consagra un Senado compuesto de 5 miembros titulares e igual número de suplentes. Entre sus principales atribuciones estaba la de velar por la “puntual observancia de esta Constitución”. Aunque todos fueron cercanos a O’Higgins (quien los calificó como “hombres selectos y amigos”), tuvieron conflictos en materia financiera, dando cuenta de su autonomía, llevándolo a expresar que “o me veo en la precisión de disolver este cuerpo mauoso o pierdo la provincia de Concepción por falta de recursos”. Entre las leyes que aprobó cabe destacar la que creó la Contaduría Mayor, antecedente de la actual Contraloría.

Será, sin embargo, la Carta de 1822 la que por primera vez en la historia patria creará un sistema bicameral (Senado y Cámara de Diputados), aunque no operó en los hechos.

Por su lado, la Constitución de 1823 retorna al bicameralismo con un Senado Conservador y Legislador (de 9 miembros) y una Cámara Nacional. Bajo su funcionamiento se aprobó el Reglamento de Administración de Justicia que sienta las bases de la judicatura. El 21 de julio de 1824 Freire asume el poder total y clausura el Congreso.

Finalmente, la Constitución liberal de 1828 prevé una Cámara de Diputados elegidos directamente por el pueblo y un Senado, designado por Asambleas Provinciales. Durante su vigencia se aprueban la ley sobre ciudadanía de extranjeros y una nueva ley de imprenta.

A partir de 1830 y luego del enfrentamiento entre pipiolos y pelucones que concluye en Lircay, el gobierno del general Prieto convoca a una Gran Convención para estudiar un nuevo texto, como un medio de “hacer efectiva la libertad nacional que jamás podríamos obtener en su estado verdadero mientras no estuviesen deslindadas con exactitud las facultades del gobierno y se hubiesen puesto diques a la licencia.”

De acuerdo con la Carta de 1833, el Senado estaba compuesto por 20 miembros, que duraban 9 años y que representaban al país. Mientras que los diputados duraban 3 años en sus funciones y se elegía uno por cada 20.000 almas. Como afirmó Huneeus, la conveniencia del bicameralismo radica en que ambos “mutuamente se fiscalicen”, siendo ello “garantía de que la Ley se discutirá siempre con calma y madurez, precaviendo las resoluciones que, en un momento de arrebato, puede arrancar a una Cámara la palabra de un orador eminente”. Dicha Constitución, si bien -en principio- otorgaba amplísimas facultades al Presidente de la República, transformándolo en un verdadero “monarca sin corona”, le concede al Congreso la facultad de aprobar las leyes periódicas (presupuesto, contribuciones y la que fijaban las fuerzas armadas). Como recuerda Heise, allí se encontraba el germen del parlamentarismo. Además, conoció de las acusaciones constitucionales.

En los años setenta (época en que finalizan las obras de construcción del nuevo edificio) se aprobaron algunas leyes referentes al Congreso Nacional, entre las que cabe destacar la elección directa de los senadores por provincias. Igualmente, la facultad fiscalizadora se remonta a la reforma de 1874, oportunidad en la que se entrega a la Comisión Conservadora -sucesora del Congreso Nacional durante la legislatura extraordinaria- el “*ejercer la supervigilancia (...) sobre todos los ramos de la administración pública*”.

La guerra civil de 1891 que enfrentará al Presidente y al Congreso -formalmente motivada por la no aprobación de la ley de presupuesto, importará el predominio del parlamento. Los ministros dependerán así de las mayorías de los partidos y del Congreso.

Durante el pseudo-parlamentarismo vivido entre 1891 y 1925, los mecanismos de fiscalización se exteriorizaban, como lo consignaba la doctrina, a través de preguntas e interpelaciones a los ministros y mediante el nombramiento de comisiones parlamentarias encargadas de investigar determinados asuntos.

Lo notable es que, como afirmó Manuel Rivas Vicuña, a partir de 1891 no se modifica la carta de 1833, desde que “sin cambiar su letra, encarnará en su espíritu el régimen parlamentario”. Ciertamente, la aplicación no fue completa, pues -como se sabe- el Presidente no tenía la facultad de disolver el Congreso Nacional.

El Presidente Arturo Alessandri se preocupó de que la carta de 1925 robusteciera las facultades presidenciales, suprimiendo el parlamentarismo, a través de una fórmula sencilla y clara: “quitar la responsabilidad política de los ministros ante el Parlamento, o sea suprimir la censura ministerial, que colocaba a aquellos funcionarios bajo la férula parlamentaria.”

Así, ahora, el Congreso Nacional debía centrarse en sus labores legislativas y fiscalizadoras. Igualmente, se establece la incompatibilidad entre los cargos de ministro y parlamentario.

Se configura un Senado de 45 miembros, elegido por agrupaciones de provincias y a quien se le otorga la facultad consultiva que en el siglo XIX ejercía el Consejo de Estado.

A la Cámara de Diputados se le confiere la facultad de fiscalizar los actos del gobierno, quedando autorizada para tomar acuerdos que podría poner en conocimiento del Presidente de la República, sin que ello importara responsabilidad alguna hacia los ministros de Estado. Sin embargo, según lo han hecho presente estudiosos de la historia del derecho (Silva y Bravo), la facultad fiscalizadora se vio fuertemente disminuida durante la aplicación de la Constitución de 1925 como consecuencia del surgimiento de entidades paraestatales no sujetas a dicho control, que solo alcanzaba a la administración centralizada. Para aminorar lo anterior, en 1945 se dictó una ley que autorizaba a la Cámara de Diputados y al Senado a nombrar dos representantes en los consejos de dichas entidades, norma que fue muy criticada por los tratadistas, siendo derogada en 1961.

Del mismo modo, las facultades legislativas del Congreso se ven alteradas desde que durante dicho período se dictó importante legislación a través de decretos leyes (en 1932 y a partir de 1973), sin perjuicio de que además se otorgaron facultades al Presidente para dictar decretos con fuerza de ley, que solo fueron regulados en 1970. Por último, las reformas de 1943 y 1970 fortalecieron la iniciativa exclusiva presidencial, especialmente en materia económica y financiera.

El texto primitivo de 1980 también establece un congreso bicameral (120 diputados y 2 senadores por región), teniendo presente la Comisión de Estudio que “en una democracia moderna y estable, el Parlamento debe ser la expresión de un justo y conveniente equilibrio entre dos fuerzas: una renovadora, política, fiscalizadora y representativa de todas las regiones”, mientras que el Senado tiene que “tener un carácter moderador, nacional, de cámara revisora y consejera.”

La Carta incluía la posibilidad de disolver el Congreso, lo que fue eliminado en la reforma de 1989, momento en el que también se realizaron otras modificaciones consensuadas entre el gobierno militar y la oposición, que permitieron pactar una transición. De este modo, el Congreso Nacional es reinaugurado en 1990, con motivo del restablecimiento del régimen democrático, sesionando sí en Valparaíso.

La reforma de 2005 revierte una tendencia que fue predominante en Chile, particularmente en el siglo XX, buscando una reducción de las potestades del Presidente de la República, de modo que exista un mayor equilibrio de poderes con el Congreso Nacional. Esto puede constatarse al revisar el fortalecimiento de la facultad fiscalizadora por parte de la Cámara de Diputados, constitucionalizándose las comisiones investigadoras y estableciéndose un verdadero mecanismo de “interpelación”, aunque ciertamente con un alcance distinto del modelo parlamentario, a lo que se agrega la citación a los Ministros de Estado.

A su turno, en el ámbito legislativo, se robustece el rol del Congreso en la tramitación de los tratados internacionales. En todo caso, el Presidente de la República sigue siendo “el gran legislador”.

Del mismo modo, se perfeccionó el sistema político, al eliminarse los senadores designados y vitalicios, entregándose a la ley la determinación del número de senadores y su forma de elección. Adicionalmente, se suprimió el requisito de residencia de los senadores y se rebajó su edad mínima a 35 años y se reemplazó la normativa sobre inhabilidad y vacancia, permitiéndose la renuncia al cargo.

Así, nuestro Congreso Nacional, uno de los más antiguos del mundo, retoma un lugar destacado en la institucionalidad, siendo depositario de los intereses y voluntades de todos los chilenos, principal órgano en el que se deben cristalizar los consensos de todos los sectores de la sociedad, para lograr el bien común, primordial finalidad del Estado.

### III Fortalecimiento de la judicatura

Un aspecto que sin duda debe considerarse es el relativo a la necesidad de que el Poder Judicial cuente con la debida autonomía que fortalezca sus atribuciones.

Sabido es que la judicatura en Chile tiene una larga tradición histórica. En efecto, ya en 1565 se crea la Real Audiencia, con asiento en la ciudad de Concepción. Si bien la vida de dicho tribunal fue efímera, en 1606 se establece de manera definitiva en Santiago y permanece en el tiempo por más de dos siglos, resolviendo variadas materias judiciales, consultivas y de protección.

Producida la independencia, se busca la implantación de instituciones republicanas. Es así como, luego de diversos textos e intentos fallidos, la Constitución de 1823 crea la Suprema Corte de Justicia, a la que se designa como la “primera magistratura judicial del Estado”. A dicho máximo tribunal se le otorga la “superintendencia directiva, correccional, económica y moral ministerial sobre todos los tribunales y juzgados de la nación”. Además se le entrega la función de “proteger, hacer cumplir y reclamar a los otros poderes por las garantías individuales y judiciales”.

De este modo, se plasman sus atribuciones protectoras y su rol de tribunal superior. Es desde ese momento que en Chile se configura un sistema de justicia piramidal, encontrándose en la base los juzgados, en segunda instancia las Cortes de Apelaciones y en la cima la Corte Suprema. Sin embargo, como lo ha señalado un autor, es posible afirmar que la Corte Suprema creada en 1823 no es ni un sustituto de otro tribunal anterior ni tampoco un ente foráneo, lo que queda patente al analizar sus atribuciones, que comprendían algunas entregadas al Consejo de Indias y otras a la propia Real Audiencia. Si bien toma el nombre de su similar de EEUU, sus raíces están en Hispanoamérica.

La carta de 1833 entregará a una ley la determinación de la organización y atribuciones de los tribunales, lo que se materializa en 1875. Su centenario se cumplió de manera silenciosa, sin celebraciones, pues algunos estimaron equivocadamente que su origen se remontaba a 1811. Sin embargo, a pesar de su sola consagración legal, la judicatura se consolidaba y demostraba una estabilidad institucional sin parangón.

En cuanto a sus atribuciones, en 1925 se le otorga a la Corte Suprema el conocimiento del recurso de inaplicabilidad, a lo que deben sumarse materias que ya recargaban su competencia como es el caso de los recursos de casación y queja. Agréguese a lo anterior que a partir de mediados de los setenta se la facultará para resolver las apelaciones de los recursos de protección.

Si bien es cierto que tanto las Constituciones de 1925 como la actual de 1980 dedican un capítulo especial al “Poder Judicial” y lo denominan como tal, es de destacar que una de las materias que más ha preocupado en las últimas décadas al máximo tribunal ha sido la consagración efectiva de su autonomía económica, lo que se traduce en la asignación de un porcentaje del presupuesto nacional que sea administrado de manera independiente por la propia judicatura.

Al respecto cabe señalar que en la actualidad al Poder Judicial se le destina cerca de un 1% del presupuesto nacional, cifra coincidente con lo que se solicitara por la Corte Suprema hace ya más de 25 años y muy por debajo de lo asignado en otros países hispanoamericanos e incluso en nuestro propio país a mediados del siglo XIX, que alcanzaba a un 5%. Como afirma Stolleis Michael, el Estado de Derecho no es barato, pero sin tribunales no hay Estado de Derecho.

La Corte Suprema ha señalado recientemente seis aspectos que debe considerar la referida autonomía:

- a) Autonomía operativa, de modo de tener las herramientas legales para adecuar su propia institucionalidad a los requerimientos de la población. De esta manera se requiere poder determinar directamente la creación, traslado y eventual eliminación de tribunales, como igualmente la racional distribución de su personal y territorios jurisdiccionales.
- b) Autonomía financiera, de manera de poder contar con los recursos necesarios para satisfacer la demanda nacional de justicia, para lo cual es necesario que la cantidad de recursos que se requieren en lo judicial alcance un porcentaje mínimo del presupuesto nacional fijado en una ley permanente.
- c) Autonomía funcional, lo que importa adoptar los resguardos pertinentes para que los jueces desarrollen sus funciones jurisdiccionales con entera independencia de otra autoridad. Así se propone reservar la administración de justicia solo para los tribunales que integran el poder judicial y excluyendo de sus labores materias extrañas a su quehacer.
- d) Autonomía de generación, para lo cual se estima necesario que se reestudie el sistema de nombramiento, establecer plazos para la resolución de las ternas o quinas, el nombramiento de funcionarios auxiliares por la Corte respectiva y una carrera funcionaria racional.
- e) Autonomía retributiva, esto es, propiciar las condiciones para obtener una remuneración digna, acorde con la importancia de la función y en concordancia con la de otros poderes; proponer una política retributiva que incentive el ingreso de los mejores profesionales y, por último, estudiar una solución adecuada en materia de jubilaciones.
- f) Autonomía estructural, mejorando la estructura de los entes de apoyo del poder judicial, modernizando su organización y produciendo una adecuada coordinación entre todos ellos.

#### **IV La importancia del recurso de protección**

El año pasado, y sin que nadie lo consignara de manera especial, en forma silenciosa, como suele ocurrir en nuestro país, se conmemoraron los 30 años del recurso de protección, acción cautelar establecida por primera vez en el Acta Constitucional de 1976 y que hoy se contiene en el artículo 20 de la Constitución Política.

El antecedente histórico de esta acción se remonta a las facultades protectoras de los tribunales de justicia y que ostentaron hasta 1874. Posteriormente, y por casi un siglo, el único mecanismo tutelar en nuestro país lo constituirá el hábeas corpus. En Hispanoamérica también puede citarse el amparo mexicano, de mediados del siglo XIX, que hoy día se extiende bajo diversas modalidades en toda la región.

Se trata de que existan mecanismos que garanticen efectivamente los derechos, evitando que estos solo sean meras declaraciones. En efecto, tal como lo recuerda el Acta Constitucional que establece la protección, “por muy perfecta que sea una declaración de derechos éstos resultan ilusorios si no se consagran los recursos necesarios para su debida protección”.

La Corte Suprema reguló su tramitación por auto acordado de 1977, reformado en 1992, 1998 y recientemente por acuerdo del Pleno de dicho tribunal. Cabe destacar estas últimas modificaciones, que comenzarán a regir a partir del 1º de julio. Se ha ampliado su plazo a 30 días. Se ha eliminado el trámite de inadmisibilidad por manifiesta falta de fundamento y, en su lugar, se debe revisar si en la presentación se mencionan hechos que puedan constituir vulneración de las garantías constitucionales. El recurso de apelación ya no debe ser fundado ni contener peticiones concretas. Por último, se establece que en segunda instancia la Corte Suprema oirá alegatos, especialmente cuando se pida de común acuerdo por las partes.

En estos 30 años transcurridos el incremento de las acciones ha sido ciertamente notable. De unas pocas decenas -a fines de los setenta- a más de 7.000 en la actualidad y que se refieren a diversas situaciones vinculadas a bienes jurídicos tan importantes como la vida, la igualdad, la privacidad, la libertad, la asociación y la propiedad.

También se ha extendido a las acciones u omisiones que pudieren de manera ilegal afectar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Cabe destacar el sentido garantístico que se le ha dado a esta acción cautelar, particularmente frente a situaciones que en principio pudieran no resultar amparadas. Así, frente a acciones abusivas que ponen en riesgo la salud o la educación, los tribunales han recurrido al derecho de propiedad o, en su caso, a la igualdad ante la ley.

Para apreciar la magnitud de esta acción, es caso tener presente que solo el año 2005, la Corte Suprema resolvió más de mil apelaciones de protección, habiendo acogido en definitiva cerca de un 25%. En otras palabras, de cada cuatro acciones que fueron conocidas por el máximo tribunal, una fue aceptada, lo que constituye un porcentaje elevado si se lo compara con el de otros ordenamientos jurídicos, en donde solo las inadmisibilidades bordean el 90%.

Es dable suponer que las recientes reformas del Auto Acordado permitirán acrecentar la tutela efectiva de los derechos constitucionales, afectados por actos u omisiones ilegales o arbitrarias, de autoridades o particulares, fortaleciendo así este recurso, verdadera “revolución silenciosa”, como lo calificara un autor, a 30 años de su establecimiento efectivo.

## V Importancia de los derechos sociales

Los primeros textos constitucionales chilenos del siglo XIX no contienen mayores disposiciones referidas a derechos de contenido social y económico, sino más bien a las libertades públicas, aunque ocasionalmente se hace referencia a la educación pública.

La Constitución de 1925 establece que la educación pública es una atención preferente del Estado. A su vez, se impone al Estado el deber de velar por la salud pública. Con las reformas de 1971 se profundiza el Estado Social de Derecho al otorgarse al Estado un rol fundamental en materia educacional, además de regularse por primera vez el derecho a la seguridad social y la justicia de la remuneración laboral.

El actual texto constitucional refuerza la servicialidad del Estado y su finalidad de promover el bien común. Asegura nuevos derechos, como el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, y resalta el rol fundamental del Estado en relación a las diversas acciones vinculadas a la salud (preventivas y rehabilitadoras), a la promoción del derecho a la educación en sus diversos niveles y al acceso a las prestaciones básicas uniformes en materia de seguridad social.

El artículo 20 de la Constitución Política permite que cualquier afectado por un acto u omisión ilegal o arbitraria recurra de protección a las Cortes de Apelaciones en caso de que sean amenazados, perturbados o privados sus derechos fundamentales. Entre estos últimos no se encuentran tutelados con la acción de protección los derechos de contenido social, de modo que frente a situaciones abusivas de particulares o de la autoridad la Corte Suprema ha dado amparo a través de otros derechos, como el derecho de propiedad y la igualdad ante la ley.

El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de efectuar diversos pronunciamientos en relación a los derechos de contenido social y económico, particularmente a través de la acción de inaplicabilidad.

Así, ha señalado que infringe la Carta Fundamental la disposición legal que autoriza modificaciones en los planes de salud en atención a factores vinculados a la edad o sexo del cotizante. Por su lado, en el ámbito de la seguridad social no ha estimado como contrario a la Constitución el decretar órdenes de arresto en contra de empleadores que no han enterado cotizaciones previsionales que son de propiedad de sus trabajadores.

Por último, en el ámbito educacional ha reconocido como legítima la finalidad perseguida por el legislador de mejorar la calidad de la educación, lo que además es una exigencia para el Estado. Finalmente se ha precisado que los verdaderos titulares del derecho a la educación son los alumnos.

## VI Afianzamiento de la justicia constitucional

Como se sabe, los inicios de la justicia constitucional se remontan a principios del siglo XIX, en el clásico fallo “Marbury vs. Madison”, en 1803, en la recordada afirmación del juez Marshall, en cuanto a que “una ley contraria a la Constitución es nula”.

Ciertamente que pueden encontrarse antecedentes más remotos en el propio mundo anglosajón y en el derecho hispano e indiano, en que se desobedecía las normativas contrarias a la razón y justicia.

En Chile, durante la vigencia de la carta de 1833, tanto la doctrina como la jurisprudencia estuvieron contestes en cuanto a que los tribunales carecían de atribuciones para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, puesto que solo el Congreso Nacional podía resolver las dudas acerca de la inteligencia de las disposiciones. Por lo mismo, Jorge Huneeus hacía presente que los tribunales no podían dejar la ley sin aplicación “aun cuando a juicio de ellos fuera inconstitucional”.

La Corte Suprema, en 1848, reiteraba que ninguna magistratura gozaba de prerrogativas para declarar la inconstitucionalidad de las leyes.

Sin embargo, en un oficio de 1867 recuerda a las autoridades encargadas de aplicar las leyes el dar preferencia en el asunto a la Constitución “si estuvieren en clara y abierta pugna con ellas”. En tal sentido, una sentencia de 1875 desconoció el carácter de una ley al no haber sido aprobada por el Congreso Nacional.

La Constitución de 1925, siguiendo el modelo norteamericano, otorgará a la Corte Suprema la atribución de declarar inaplicable un precepto legal por ser contrario a la Constitución, teniendo efecto la sentencia solo entre las partes del juicio. Se señaló que se trataba de “un correctivo contra los posibles desvaríos del poder legislativo y una apreciable garantía para los habitantes de la República”. Durante 80 años dicha facultad residió en dicho órgano jurisdiccional.

Mucho se ha hablado en estos días acerca del Tribunal Constitucional. Poco o casi nada, sin embargo, se ha dicho acerca de su origen histórico, su competencia y del rol que le corresponde en un Estado de Derecho.

Los Tribunales Constitucionales surgen en Europa, en 1920, creación del notable jurista austríaco Hans Kelsen. A partir de esa fecha se expanden por el continente: España (1931 y 1978), Italia (1947), Alemania (1949), Francia (1946 y 1958), por mencionar algunos. En Hispanoamérica también se establecen, siguiendo el modelo español de 1978. Así, surgen en Ecuador, Venezuela, Colombia, Perú y Bolivia. Hoy también se aprecia su presencia en la Europa oriental. Su papel fundamental es resolver las controversias de constitucionalidad entre los diversos órganos del Estado. En Estados Unidos, ha sido la Corte Suprema desde el siglo XIX la que ha velado por la supremacía constitucional.

Sus antecedentes remotos en Chile los encontramos en las palabras pronunciadas por el Presidente Balmaceda, el 20 de abril de 1891, esto es, ad portas de la cruenta guerra civil, al sostener que, teniendo en consideración las cuestiones de competencia entre los poderes y los conflictos de constitucionalidad de las leyes, “sería conveniente crear un tribunal especial compuesto de 3 personas nombradas por el Presidente de la República, de 3 nombradas por el Congreso y de otras 3 nombradas por la Corte Suprema, para dirimir sin ulterior recurso los conflictos entre poderes en los casos y forma que la Constitución establezca”.

La Constitución de 1925 no contempló originalmente dicha institución, que fue establecida posteriormente por reforma constitucional de 1970. El Presidente Eduardo Frei Montalva señaló al efecto que “todo ordenamiento jurídico requiere la existencia de un Tribunal que vele por la constitucionalidad de las leyes aprobadas por el Poder Legislativo, ya que de otra manera el imperio de la Constitución queda sin resguardo ante los posibles excesos de leyes que violan las garantías constitucionales o cualquiera otra disposición fundamental de la Constitución Política”.

Dicho Tribunal, que sesionó por cerca de dos años, dictó 17 sentencias, algunas de las cuales no estuvieron exentas de críticas. Incluso, la oposición al gobierno del Presidente Allende calificó una de ellas como “nula de derecho”, agregando que nadie se encontraba en deber jurídico de acatarla y cumplirla. En tal sentido puede consultarse la obra “El Tribunal Constitucional de Chile 1971-1973”, de que es autor don Enrique Silva Cimma y que ha sido recientemente reeditada. En 1973, la Junta Militar disuelve el Tribunal por estimar que su existencia era “innecesaria”, en atención a que el Congreso había sido clausurado.

En 1981 se restablece su funcionamiento, siendo del caso destacar las sentencias pronunciadas con motivo de las leyes políticas, que obligaron a que el plebiscito de 1988 se efectuara con la participación de órganos electorales, lo que fue fundamental para la transición hacia la democracia. Entre 1981 y el año 2005 pronunció 464 fallos.

La reforma constitucional de 2005, fruto del consenso de todos los sectores políticos, suscrita por el Presidente Ricardo Lagos, confiere mayores atribuciones a dicho órgano. Así, además, del control preventivo de las leyes, se le otorga la acción de inaplicabilidad, que antes conocía la Corte Suprema, habiéndose presentado en los dos últimos años más de medio millar de requerimientos, incluso por jueces. Adicionalmente, se lo facultó para derogar preceptos legales previamente declarados inaplicables, como ocurrió en marzo de 2007 en materia de jurisdicción tributaria. Se le ha entregado también la revisión de la constitucionalidad de los autos acordados de ciertos tribunales superiores. Del mismo modo, las cuestiones de competencia entre las autoridades administrativas y los tribunales inferiores.

En suma, se trata de una institución fundamental para resolver los conflictos de constitucionalidad entre los diversos órganos, teniendo una vida ya casi centenaria en Occidente, y algo menos de la mitad en Chile. Como ha dicho un autor, el mejor

instrumento para medir la existencia vigorosa de un verdadero Estado de Derecho es la respetabilidad y estabilidad de que gozan los Tribunales Constitucionales de un país.

Como ha dicho un autor, el mejor instrumento para medir la existencia vigorosa de un verdadero Estado de Derecho es la respetabilidad y estabilidad de que gozan los Tribunales Constitucionales de un país.

Y es que, como nos lo recuerda el tratadista francés Louis Favoreu, el Tribunal Constitucional es una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, particularmente de la sujeción a la Carta Fundamental de las leyes, debiendo velar por el derecho fundamental a la integridad y primacía de la Constitución Política, lo que también forma parte sustancial de todo régimen democrático.

Por lo mismo, la jurisdicción constitucional tiene un significado esencial para el perfeccionamiento y la vigencia del Estado constitucional de Derecho, la división y adecuado equilibrio de los diversos órganos públicos y, por sobre todo, el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana.

Como ha dicho el propio TC en uno de sus recientes pronunciamientos, su “jurisdicción debe asegurar que, efectivamente, todas las autoridades públicas sujeten sus actos a las normas, valores y principios constitucionales, de modo que cada una de las funciones estatales se desarrolle dentro de un ámbito correcto y de legítimo ejercicio de la función constitucional que les compete”.

Puesto que, como lo recuerda el maestro Karl Loewenstein, “La Constitución se ha convertido en el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder”.

Y es que, como lo afirma la vieja y sabia Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, “toda sociedad en que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de los poderes determinada, no tiene Constitución”.

## **VII Importancia del derecho internacional**

En un mundo como el de hoy, globalizado e interconectado, el Derecho Internacional tiene un lugar fundamental no solo en la relación entre los diversos países sino en las convenciones que se suscriben con organizaciones internacionales y, por cierto, en los conflictos entre actores de diversos países.

Ello se aprecia en nuestra Carta Fundamental, que en su artículo 32 N° 8 otorga al Presidente de la República la atribución de designar a los embajadores y ministros diplomáticos y a los representantes ante organismos internacionales, todos los cuales son de su confianza exclusiva y no como bajo la vigencia de la Constitución de 1925, en la que su nombramiento se sometía a la aprobación del Senado, siguiendo el modelo norteamericano.

Igualmente, el artículo 32 N° 15, señala que es atribución del Presidente de la República conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales y llevar a cabo las negociaciones, concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deben ser sometidos a la aprobación del Congreso.

En tal sentido, debe destacarse que la reforma constitucional de 2005 reguló con mayor detalle dicha actuación por parte del Congreso Nacional, otorgándole mayores facultades al mismo.

Por de pronto, el Presidente de la República debe informar al Congreso sobre el contenido y alcance del tratado, así como de las reservas que pretenda confirmar o formularle. De igual forma, el Congreso puede sugerir la formulación de reservas y declaraciones interpretativas a un tratado internacional, en el curso del trámite de su aprobación, siempre que sean precedentes de acuerdo a las normas generales de derecho internacional.

Adicionalmente si el Presidente decide denunciar un tratado o retirarse de él, debe pedir la opinión de ambas Cámaras del Congreso Nacional. Por último, el retiro de una reserva que haya formulado el Presidente de la República y que tuvo en consideración el Congreso Nacional en el momento de aprobar un tratado, requerirá el acuerdo previo de dicho órgano.

No analizaremos en esta oportunidad la jerarquía normativa de los tratados internacionales, materia que ha motivado ardua discusión por parte de nuestros tratadistas, llegando a plantear algunos la obligación de revisión previa de los mismos por parte del Tribunal Constitucional.

La jerarquía normativa de los tratados internacionales es una materia que aún se encuentra en discusión en la doctrina nacional. Especialmente como consecuencia de las reformas constitucionales de 1989 y 2005.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha ido depurando diversos aspectos referidos a la jerarquía normativa de los tratados. La línea jurisprudencial actual se encuentra en su sentencia Rol N° 1.288 de 2009, conforme a la cual los pactos internacionales deben sujetarse a la Carta Fundamental.

En materia de interpretación de los tratados internacionales, se han sostenido criterios como los relativos a la presunción de constitucionalidad y la interpretación conciliadora.

Los tratados internacionales que incluyen materias orgánicas constitucionales deben sujetarse al quórum y revisión del Tribunal Constitucional, tal como por lo demás lo confirmó la última reforma constitucional de 2005.

En tal sentido, el Tribunal ha precisado que sólo las normas auto ejecutables de un tratado son objeto de control de constitucionalidad.

Un tema a discutir es la inaplicabilidad en un caso concreto de disposiciones contenidas en los tratados internacionales. Es una materia que el proyecto de ley modificatorio de

la ley orgánica del Tribunal no permitía y que el Tribunal Constitucional sentenció que sí se consideraba dentro de sus atribuciones. El Tribunal ya se ha pronunciado en una sentencia definitiva sobre su inaplicabilidad, rechazando el requerimiento.

Finalmente, como consecuencia del deber que se impone a los órganos del Estado de respetar los derechos contenidos en tratados internacionales, la jurisprudencia ha ido destacando diversos derechos como, por ejemplo, la prohibición de la prisión por deudas, el interés superior del niño, el acceso a la información, el derecho a la identidad, el derecho de aclaración y rectificación y el derecho al descanso y al disfrute del tiempo.

## VIII Hacia un nuevo derecho administrativo

El Derecho Administrativo, en palabras del ex Presidente del Tribunal Federal Administrativo alemán, Fritz Werner, retomado luego por la doctrina española, es el “Derecho Constitucional concretizado”.

Sabido es que el Derecho Constitucional surge en Europa, a fines del siglo XVIII, como un mecanismo de clara configuración de las potestades de los órganos de poder y un adecuado y eficaz reconocimiento de los derechos fundamentales. Un justo equilibrio.

De allí que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano afirmara que “toda sociedad en que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de los poderes determinada, no tiene Constitución”. Y es que, como lo recuerda el sabio maestro Karl Loewenstein, “La Constitución se ha convertido en el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder”.

A partir de ello puede entenderse el surgimiento de la legislación administrativa, tendiente a regular la actuación de los órganos administrativos, en el marco de un Estado de Derecho, no olvidando que el destinatario de la misma es el ciudadano, a quien deben asegurársele y amparársele sus derechos fundamentales. La clásica discusión acerca de si el Derecho Constitucional debe enfatizar la mirada del poder o de los derechos ciertamente también se ha trasladado al Derecho Administrativo

La doctrina administrativa chilena comienza con la obra “Principios Elementales de Derecho Administrativo Chileno”, de que es autor Santiago Prado, en 1859, y que tuvo como referencia y modelo la del español Manuel Colmeiro. Su propósito fue “proporcionar a los alumnos del Instituto Nacional un texto que pueda servir de guía en la clase de Derecho Administrativo”, sistematizando “las leyes y disposiciones administrativas esparcidas en el Boletín”.

A partir de esa obra surge en Chile el estudio del Derecho Administrativo. Luego, en el siglo XIX, continuarán la senda iniciada las obras de Valentín Letelier y José Domingo Amunátegui. En la primera mitad del siglo XX destacarán –entre otros- Moisés Vargas, Juan Antonio Iribarren, Ernesto Merino, Guillermo Varas y Manuel Jara. Por su lado,

en la segunda mitad del siglo pasado puede resaltarse la labor efectuada por Patricio Aylwin Azócar, Enrique Silva Cimma, Manuel Daniel Argandoña, Arturo Aylwin Azócar, Eduardo Soto Kloss y Rolando Pantoja, por solo mencionar algunos. A ello puede añadirse, en el presente siglo, una nueva generación de profesores, que ya han cumplido más de dos décadas enseñando y publicando notables contribuciones en la disciplina, como Ramiro Mendoza Zúñiga -actual Contralor General de la República-, Carlos Carmona Santander -Ministro del Tribunal Constitucional-, Alejandro Vergara Blanco, Gustavo Fiamma Olivares, Iván Aróstica Maldonado y Domingo Hernández Emparanza.

El autor afirma que las modernizaciones comienzan a gestarse en Chile con la Ley de Bases Generales de la Administración, N° 18.575, en los ochenta, perfeccionada en los noventa en materia de probidad a lo que debe agregarse la ley de procedimientos administrativos N° 19.880 y la normativa de concesiones dictada durante su mandato presidencial.

En todo caso aún está pendiente, en opinión de Aylwin, el establecimiento de un sistema integral de lo contencioso administrativo, la coordinación del sistema nacional de control y la profundización de los procesos de descentralización regional y comunal.

Sobre el primer punto debe llamar a preocupación la existencia de más de un centenar de contenciosos administrativos en la actualidad, con procedimientos disímiles, lo que hace ciertamente aconsejable el establecimiento de tribunales especializados, tal como ha ocurrido en materia tributaria y aduanera, para lo cual puede tenerse en consideración la experiencia de Derecho Comparado, en especial alemana, que prevé una jurisdicción específica e independiente.

Sin duda que la potestad sancionadora de la administración es una de las temáticas más fascinantes del Derecho Administrativo, particularmente en lo relativo a la exigencia o no de ciertos principios como los de tipicidad, irretroactividad o proporcionalidad, que los tribunales de justicia han ido adecuando siguiendo al efecto la opinión de los diversos tratadistas.

El Tribunal Constitucional, por ejemplo, ha señalado que el ejercicio de dichas potestades debe enmarcarse en el adecuado cumplimiento de los principios de un debido proceso e, incluso, ha declarado que la exigencia de un pago previo de la multa impuesta por la administración resulta contraria a la Carta Fundamental, en especial al derecho a acceder a los tribunales y a una tutela judicial efectiva.

La primera relativa al procedimiento administrativo, el cual se ha ido configurando paulatinamente. Primero, a través de leyes misceláneas. Luego, desde 1950, mediante dictámenes de la Contraloría General de la República. Más tarde tendrá un rol fundamental el seminario nacional organizado por la Comisión Nacional de reforma administrativa y Naciones Unidas. La última etapa se materializa con la dictación de la ley N° 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de la administración del Estado, que quedan configurados a través de

diversas etapas, como la iniciación, instrucción y finalización. A ello deben añadirse los diversos mecanismos de modificación de los actos administrativos, en dicha sede, como es el caso de la invalidación, reposición, revisión y revocación. Por último, debe tenerse presente que en materia de actos administrativos el ordenamiento establece un mecanismo de control jurisdiccional difuso, entregándole su conocimiento a diversos órganos jurisdiccionales.

En atención a que se trata de una nueva legislación, no se aprecia una abundancia de trabajos doctrinarios, circunstancia que solo se modifica en el último cuarto del siglo XX, por lo cual los estudios se centraron más bien en el contencioso administrativo, en sus diversas formas. El recurso de protección, establecido en 1976, sin duda que también contribuyó a ir configurando los elementos de la actuación de la administración y la posibilidad de revocar o no los mismos, particularmente frente a derechos de terceros de buena fe.

Moraga también revisa los contratos administrativos en la doctrina chilena y sus diversas posiciones, desde los que niegan su existencia, pasando por lo que estiman que en ellos prima el principio *rebus sic stantibus*, hasta otros que critican la circunstancia de que el contrato haya sido puesto a disposición de entes que son la personificación del autoritarismo. La administración celebra contratos propios del derecho privado, pero por sobre todo convenios y acuerdos cuya regulación es dada por el Derecho Público en atención a sus fines. Se aprecia además una diversidad de contratos, lo que ha dificultado una teoría general, existiendo sí diversos pronunciamientos por parte de los tribunales de justicia y del órgano contralor. A ello deben agregarse –como ya se ha señalado– las sentencias emanadas a través de la vía de la acción constitucional de protección, a lo que debe añadirse la reciente legislación sobre los Tribunales de Contratación y las comisiones arbitrales de los contratos de concesión de obras públicas.

La obra finaliza con un estudio de Cristián Román acerca de la responsabilidad patrimonial de la administración del Estado en Chile, en donde se sintetizan los pronunciamientos efectuados por nuestros tribunales, incluso en el Derecho Indiano, hasta las diversas etapas que se aprecian en el siglo XX. En este último, cabe destacar las variaciones experimentadas por las diversas sentencias emanadas de la Corte Suprema, desde aquellas que distinguieron reglas propias del Derecho Público, pasando por las tesis que diferenciaron los actos de autoridad y gestión, hasta su configuración vigente con base constitucional, lo que ha significado una variada jurisprudencia en la materia, en la cual ciertamente ha tenido un rol preponderante la opinión de la doctrina administrativa.

Como puede apreciarse, en materia administrativa ha existido una estrecha vinculación entre la evolución de la legislación y las tendencias jurisprudenciales, en todas las cuales ha tenido un rol preponderante la opinión de los tratadistas y estudiosos de la materia. Solo piénsese en el caso de la nulidad de derecho público, en la que las diversas teorías expuestas por los cultores de la disciplina han motivado un variado pronunciamiento por parte de nuestros tribunales de justicia.

La relevancia que hoy tiene el Derecho Administrativo en Chile hace que sea muy oportuna la sistematización y estudio de la evolución de nuestra doctrina, desde Santiago Prado a la fecha, desde que muchos de los “nuevos” problemas son tan nuevos, de puro “viejos”. Todo ello pone de manifiesto la importancia y utilidad de la obra que tenemos el honor de prologar.

## **IX Reformas constitucionales**

### **1. Reducir las potestades del Presidente de la República**

En materia de facultades del Presidente de la República, parece conveniente estudiar la reducción de ciertas potestades:

- a) En materia de estados de excepción constitucional, donde no parece existir un adecuado contrapeso.
- b) En materia de indulto presidencial.
- c) Por último, a pesar de las recientes modificaciones, el Presidente de la República conserva amplias facultades legislativas.

### **2. Fortalecimiento de la participación ciudadana**

Otro punto que parece relevante es el acrecentar la participación de los ciudadanos, para lo cual la facultad de convocar a plebiscito debería aumentarse y lo mismo podría sostenerse respecto de la iniciativa popular de las leyes, de modo que los ciudadanos se sientan más cercanos a la institucionalidad democrática, alejando la indiferencia que se aprecia en los últimos años de manera sostenida.

En efecto, en la actualidad el ordenamiento constitucional solo permite la convocatoria a plebiscito cuando existe una controversia entre el ejecutivo y el Congreso en el marco de un proceso de reforma constitucional.<sup>1</sup> A ello deben agregarse los plebiscitos comunales.

La participación más directa de los ciudadanos en las decisiones políticas relevantes, sin que ello signifique abandonar la forma de gobierno republicana y representativa, puede constituir un importante desafío del Chile del siglo XXI.

<sup>1</sup> Artículos 128 y 129 de la CPR. Vid. GARCIA B. ANA MARIA, Procedimientos de reforma constitucional, en RDJ 87 (1990), p. 1 y ss.

### 3. Fortalecimiento del rol del Tribunal Constitucional

Sobre esta materia, que ya fue objeto de importantes modificaciones el 2005, nos parece importante estudiar algunos de los siguientes aspectos:

- a) Control de constitucionalidad de otros actos, como por ejemplo los reglamentos de las cámaras. La reforma de 2005 solo se circunscribió a ciertos autos acordados, excluyéndose -entre otras- las instrucciones del Ministerio Público y los propios reglamentos de las cámaras.
- b) Todas las contiendas de competencia. Ciertamente que parece más conveniente que todas las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas y administrativas y los tribunales sean entregados al conocimiento del Tribunal Constitucional.
- c) Acción popular para solicitar la inhabilidad de los parlamentarios. En la actualidad solo existe acción popular cuando se trata de denunciar movimientos o partidos que sean contrarios al régimen democrático y constitucional<sup>2</sup> y en el caso de resolver sobre las inhabilidades constitucionales o legales que afecten a una persona para ser designada Ministro, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones.

## X Palabras finales

En momentos en que se habla de reformas constitucionales e incluso de un nuevo texto, parece oportuno revisar nuestra historia constitucional, en particular la forma en que se ha ido perfeccionando nuestro Estado de Derecho, para lo cual debe tenerse presente que toda reforma por sí misma no resuelve los conflictos sino en la medida que las personas sientan que se trata de un texto propio -directamente aplicable por los tribunales- que, en su carácter de ley fundamental, refleje el consenso ciudadano en cuanto a las directrices de la convivencia política, social y económica de nuestra nación.

Pero adicionalmente, junto con las normas jurídicas son importantes también las buenas prácticas, puesto que -como afirmara la Carta de 1822- *“la felicidad general se cifra en la observancia de las leyes y éstas son vanas sin costumbres y espíritu público”*.

<sup>2</sup> Artículo 93 N° 10 de la CPR .