



CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO

REVISTA DE DERECHO

Diciembre 2008

N° 20

REVISTA DE DERECHO

Editada por el Consejo de Defensa del Estado

“Las expresiones contenidas en los artículos publicados son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no representan, necesariamente, la opinión del Consejo de Defensa del Estado”.

Director Responsable

Arturo Onfray Vivanco

Comité Editorial

*René Moreno Monroy
Rodrigo Quintana Meléndez
María Inés Horvitz Lennon
Ana María Hübner Guzmán*

Propietario

Consejo de Defensa del Estado®

Representante Legal

Carlos Mackenney Urzúa

Domicilio

Agustinas 1687, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual N° 115.310

ISSN N° 0717-5469

Impreso en Gráfica LOM

Concha y Toro N° 25

Santiago, Chile

REVISTA DE DERECHO

Diciembre 2008 N° 20

PRESENTACIÓN7

A.- DOCTRINA

DERECHO ADMINISTRATIVO

LA RELACIÓN ENTRE LEY Y REGLAMENTO EN EL
DERECHO CHILENO. ¿UN GOBIERNO DE ACTUACIÓN
JURÍDICA O DE POLÍTICAS PÚBLICAS?.....13
Rolando Pantoja Bauzá

DERECHO AMBIENTAL

ORDENAMIENTO TERRITORIAL Y LA DIMENSIÓN
AMBIENTAL DE LOS INSTRUMENTOS DE PLANIFICACIÓN
EN CHILE55
María Isabel Mallea Álvarez

DERECHO CONSTITUCIONAL

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
ACERCA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y
CULTURALES.....83
Francisco Zúñiga Urbina

MEDIACIÓN

LA MEDIACIÓN EN SALUD Y EL ACCESO A LA JUSTICIA.....	111
<i>María José Gutiérrez Araque</i>	

B.- JURISPRUDENCIA DE INTERÉS**DERECHO ADMINISTRATIVO**

Corte Suprema. Asociación de Profesionales de la Secretaría Regional Ministerial de Salud V Región y otros. Recurso de protección.....	139
Corte Suprema. Hidalgo Briceño, Mauricio y otros con Servicio de Salud Valparaíso, San Antonio y otros. Recursos de casación en la forma y en el fondo.....	145
Corte Suprema. CGE Transmisión S.A. con Contralor General de la República. Recurso de protección.....	153

MATERIA PENAL

Corte de Apelaciones de Valparaíso. Contra Aramayo Fuentes, Antonio. Recursos de apelación y casación de oficio.....	159
---	-----

C.- RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

<i>Arturo Felipe Onfray Vivanco</i>	167
---	-----

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES.....	173
----------------------------------	-----

PRESENTACIÓN

Comité Editorial

Éste es el ejemplar número 20 de la Revista, el que sigue su orden tradicional en cuanto a sus secciones, lo que no obstaculiza su renovación, con la incorporación de nuevas ideas, que se van haciendo presente y que adoptan matices diferentes de conformidad a la visión de sus autores. Se advierte en el derecho, con el devenir del tiempo, la inquietud creciente de ir incorporando nuevas regulaciones, las que han ido recogiendo las estaciones que nos ciñen, y denotan la búsqueda de una mayor protección y respeto por los derechos del hombre. Este camino va acompañado necesariamente de una vía paralela, esto es, la integridad en la gestión pública, la que resulta determinante para salvaguardar los derechos ciudadanos. Entre estas normas se destaca en este número, en la reseña bibliográfica, “Transparencia y acceso a la información pública en Chile: La modernización que faltaba”, que -al igual que los demás artículos publicados- aportan reconstituyentes pensamientos al mundo del derecho.

Así, en la Sección Doctrina se incluye, en primer lugar, un artículo titulado “*La relación entre Ley y Reglamento en el Derecho Chileno. ¿Un gobierno de actuación jurídica o de políticas públicas?*”, del profesor de Derecho Administrativo Rolando Pantoja Bauzá. El autor hace una importante crítica a nuestra realidad actual, donde destacamos lo que él llama el estrangulamiento de la potestad reglamentaria autónoma, por su constricción en su gestión debido al amplio abanico que comprende la reserva legal. Previo a estas conclusiones, el articulista nos remonta al desarrollo de la relación entre la Ley y el Reglamento en la historia de Occidente, subrayando el paso de principios absolutistas, con un Estado Soberano, a un régimen de separación de los poderes. Interesantes

citas y reflexiones de diversos especialistas ilustran su texto. A vía sólo ejemplar, citamos la del profesor Otto Mayer, que refiriéndose al pasado, señala que “no existía derecho cuando se trataba de relaciones entre Estado y súbditos”. Ello resulta tan alejado de la visión actual, en que el Estado debe estar al servicio de la persona humana, como se destaca al inicio del texto, con la referencia al artículo primero de la Constitución. En suma, la obra nos lleva a madurar y ponderar el problema planteado.

En segundo lugar, se incluye un trabajo sobre el “*Ordenamiento Territorial y la Dimensión Ambiental de los Instrumentos de Planificación en Chile*”, de María Isabel Mallea Álvarez, profesora de Legislación Medioambiental de la Universidad de Valparaíso. En este artículo se destaca la importancia que tiene la planificación para la protección del medio ambiente. Cabe señalar que, en general, el tema del medio ambiente, en las últimas décadas ha ido adquiriendo cada vez mayor relevancia, por la conciencia mundial acerca del cuidado del planeta y, además, porque ha irrumpido en la cotidianidad de toda persona. En efecto, el fenómeno podemos verlo en variadas formas y temas, como lo es, en el uso restrictivo del automóvil, en las bolsas reciclables, la protesta contra un vertedero, etc. La autora aborda el problema desde el punto de vista de la planificación territorial, y explica, entre otras cosas, que un potencial efecto ambiental de la misma, puede consistir en la pérdida de biodiversidad y de vegetación nativa producto de la disminución de suelo natural por edificación y urbanización; pérdida de la capacidad de renovación de los acuíferos por la disminución de la capacidad de infiltración de las aguas lluvias y efectos adversos sobre el recurso agua debido a una sobreexplotación y/o contaminación de sus fuentes. Para entender lo anterior, previamente se preocupa la articulista de tratar la ordenación del territorio, sus objetivos fundamentales, las definiciones que se han postulado, y la forma en que ha sido abordada por los países europeos, otorgando especial énfasis al caso de Alemania dados los vínculos de cooperación técnica que mantiene con Chile. Posteriormente, analiza nuestra situación, haciendo presente que más que una ordenación del territorio lo que existe es una planificación territorial de índole urbana y jerarquizada, en la que participan diversos organismos públicos, planificación que presenta una dimensión ambiental, toda vez que el legislador consideró a los instrumentos de planificación territorial dentro del listado de proyectos susceptibles de causar un impacto ambiental. En definitiva, resulta una

visión refrescante en cuanto a la preocupación de las autoridades por el entorno.

En tercer lugar, Francisco Zúñiga Urbina, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile, presenta su estudio “*Jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*”, en el cual analiza la naturaleza, garantías en general y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales y los alcances de la primera sentencia del Tribunal Constitucional sobre la materia, recaída en un control concreto de constitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, Ley de Isapres.

La temática resulta atractiva para cualquier persona, ya que la garantía y protección de estos derechos redundará en aspectos de nuestra vida diaria, sobre todo cuando toca aspectos relacionados con la salud, como lo es el caso comentado. En este contexto, se divisa el rol activo que está desempeñando el ciudadano común frente a alzas anuales en sus planes de salud, lo que ha derivado en numerosos recursos de protección. El articulista nos brinda un enfoque crítico de la primera sentencia del Tribunal Constitucional sobre estos tópicos, con un análisis rico en su contenido.

En cuarto lugar, María José Gutiérrez Arque, Magíster en Derecho Público de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, revisa “*La mediación en salud y el acceso a la Justicia*”. Este trabajo reviste particular importancia desde el punto de vista del debido proceso y del acceso a la Justicia, puesto que se ha pensado por algunos que la mediación obstaculizaría y no permitiría a la víctima de un daño hacer uso de inmediato de su derecho a la acción, toda vez que debe cumplir en forma previa el requisito de acudir a una solución alternativa del conflicto, esto es la intermediación de un tercero, que buscará que las partes restablezcan el equilibrio roto, zanjando sus diferencias con proposiciones emanadas de ellas mismas.

Después de una nutrida explicación, concluye su autora señalando que no se advierte vulneración a las garantías constitucionales, por las razones que acota y que convidamos a los lectores a conocer. Adicionalmente, se nos ilustra con jurisprudencia reciente sobre el tema, en la que se destaca la especial consideración al plazo acotado de sesenta días, prorrogable hasta completar ciento veinte, por decisión de las partes, y la suspensión en el cómputo de los plazos de la

prescripción de las acciones civiles y penales. En la misma línea de la autora, lejos de ver en la mediación una alteración o quiebre de las garantías, el legislador ha permitido que por un proceso alternativo sean los interesados quienes determinen cuál es la mejor vía de solución, permitiendo respuestas que muchas veces los Tribunales no nos darán. Al mismo tiempo, la suspensión de los términos, aporta mayores posibilidades de meditación, sin perder la posibilidad de un accionar oportuno, sólo si esto fuera necesario.

En la Sección Jurisprudencia de Interés se incluyen tres fallos de la Excma. Corte Suprema, los cuales tratan, respectivamente, sobre la naturaleza jurídica de los vales de colación, cuestión esencial para determinar si sus beneficiarios tienen o no un derecho adquirido sobre el mismo; el alcance de la falta de servicio, materia que no sólo sigue siendo relevante sino que ha pasado a ser esencial para el adecuado respeto de los derechos de la ciudadanía; y las restricciones del control de legalidad ejercido por la Contraloría General de la República respecto de las Municipalidades, tema que es vital por las facultades del Órgano Contralor. Se considera, además, un fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso el que se sitúa en el delito castigado en el artículo 239 del Código Penal, y concluye que se trata de un ilícito especial impropio, que permite la comunicabilidad de las circunstancias personales concurrentes en los partícipes funcionarios públicos a aquél que no lo es. Esta última sentencia es determinante en cuanto a la gravedad e importancia que se le atribuye al hecho de que en un delito se vean envueltos funcionarios públicos, lo que permite que los que no tienen ese carácter se afecten por igual, con una mayor sanción, debido a la intervención de personas que deben ser reflejos de probidad y de un buen actuar.

Finalmente, en la Sección Recensiones Bibliográficas se revisa el libro de Hernán Larraín Fernández titulado "*Transparencia y acceso a la información pública en Chile: La modernización que faltaba*", el cual considera el impacto de la Ley N° 20.285 "*Sobre Acceso a la Información Pública*", publicada en el Diario Oficial de fecha 20 de agosto de 2008, en Chile. El artículo aborda la normativa. En la obra comentada se analiza el fundamento de la transparencia, con reflexiones acerca del "vigilar y castigar". Se hace un recuento histórico, y el análisis de la situación chilena. Se comenta que la transparencia ofrece claridad respecto al ejercicio de las instituciones. Se pone también el

acento en el derecho de las personas de conocer las actuaciones de los órganos del Estado con el correlativo del acceso a la información.

Se trata de una reseña que nos seduce a conocer más acerca de esta modernización que ya nos rige, estimulándonos a adentrarnos en el texto referido.

LA RELACIÓN ENTRE LEY Y REGLAMENTO EN EL DERECHO CHILENO

¿Un Gobierno de actuación jurídica o de políticas públicas?

Rolando Pantoja Bauzá¹

“El artículo 1° de la Carta Fundamental constituye uno de los preceptos más fundamentales en que se basa la institucionalidad, ya que por su profundo y rico contenido doctrinario refleja la filosofía que inspira nuestra Constitución y orienta al intérprete en su misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del resto de la preceptiva constitucional” (Tribunal Constitucional, fallo Rol N° 53, de 1988).

RESUMEN: *El autor desarrolla un análisis crítico de la relación entre la ley y el reglamento en la Administración del Estado chileno -luego de realizar una completa revisión de tal evolución en la historia de Occidente-, la que, a su vez, se proyecta en forma gravitante hacia los roles y funciones que desempeñan y ejercen en la institucionalidad constitucional el Legislador y el Gobernante Administrador.*

DESCRIPTORES: *Acto administrativo - Administración del Estado - Constitución Política de la República - Estado Constitucional - Estado*

¹ ROLANDO PANTOJA BAUZÁ. Profesor Titular de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Pío Nono N 1, Providencia, Santiago de Chile, rpantoja@derecho.uchile.cl. Presidente del Instituto Chileno de Derecho Administrativo.

de Policía - Ley (relación con el reglamento) - Potestad reglamentaria - Reglamento (relación con la ley) - Separación de poderes

SUMARIO DE CONTENIDOS: 1. De la sumisión a la libertad, de la plenitudo potestas a la separación de poderes. 2. Del Estado de policía al Estado constitucional, del *ius politiae* al *ius publicum*. 3. De la estructura estatal a la actuación del Estado: la ley como acto legislativo y el decreto como acto administrativo. 4. Chile y la herencia occidental. 5. La potestad reglamentaria en la Constitución 1980-2005. 6. La reserva de ley, sus niveles y exigencias, y el ejercicio de la potestad reglamentaria. 7. Análisis crítico de la relación entre la ley y el reglamento: entre la actuación *sublegem*, *intra jus* o por políticas públicas en la Administración del Estado chileno.

ABSTRACT: After offering an historical overview of the relationship between laws and regulations in western societies, the author conducts a critical analysis of this links as it applies to administration of the Chilean State. The study concludes that the relationship significantly impacts how the legislative and executive bodies carry out their roles, within a constitutional framework.

KEY WORDS: Administrative act - Administration of the State - Constitutional State - Political Constitution - Law (relationship with regulations) - Police State - Regulations (relation with Law) - Separation of Powers

SUMMARY OF CONTENTS: 1. From submission to freedom: From the plenitudo potestas to the separation of powers. 2. From the Police State to the Constitutional State. From the *ius politiae* to the *ius publicum*. 3. From the State structure to the performance of the State: law likes a legislative act and decree as an administrative act. 4. Chile and the influence of the West. 5. The regulatory power in the Constitution of 1980-2005. 6. Legal reserve, its levels and requirements and the power of the Administration to enact regulations. 7. Critical analysis of the relationship between law and regulations: between the performance *sublegem*, *intra jus* or by public policies in the Administration of the Chilean State.

1. DE LA SUMISIÓN A LA LIBERTAD, DE LA *PLENITUDO POTESTAS* A LA SEPARACIÓN DE PODERES.

1. La sociedad medioeval, sometida a la autoridad temporal: “cada barón es soberano en su baronía”; observante de la espiritualidad de Roma y del *magister dixit*; articulada grupalmente dentro de los burgos, luego ciudades, en los gremios representativos de la actividad social, económica y cultural de la época, habría de sublimarse luego en la sociedad monárquica posterior, estructurada bajo un gobernante único, representante de Dios en la tierra, el Rey: *quod princeps placuit legem habet vigorem*; con ministros, intendentes y alcaldes, conformadora de los Estados territoriales que antecedieron a los nacionales, bajo el convincente respaldo teórico de BODIN, quien en 1572, en “Los seis libros de la República”, había fundamentado la idea de la soberanía como concepto fundante del poder público, idea consagrada por el Tratado de Westfalia de 1648, interpretando la convicción sustentada por las potencias de su tiempo.

Paralelamente a esta evolución política de Occidente, los individuos habrían de inducir en el tiempo una gran revolución desde la proyección de su propia naturaleza. Ella comenzó ya en el Renacimiento, desde luego con Leonardo y Miguel Ángel, que mostraron al ser humano al estilo griego, con ojos de hombre, ceñidos a la realidad de las cosas antes que a la idealidad de los pulcros modelos de los maestros, erigiendo estatuas que mostraban carne y sangre antes que líneas y contornos de planas figuras azules, y diseñando pinturas que destacaban las formas contra una profundidad de fondos que hasta entonces no se había visto.

Siguió con aquellos espíritus audaces que abrieron las puertas de la ciencia, al aventurarse a escudriñar los cielos y a preguntarse el porqué de las cosas. GALILEO GALILEI no sólo inventó el telescopio, también lo empleó en descubrir los territorios celestes y comprobar su corporeidad terrestre, y más tarde, el gran ISAAC NEWTON, asimilando todo un *iter* científico, lograría explicarse racionalmente el macro y el microcosmos en una audaz demostración de una naturaleza *per se* sabia, explicable por la razón.

La investigación empírica de ROGERIO BACON y el razonamiento lógico de DESCARTES, unidos a otros notables logros, entre ellos los viajes intercontinentales, abrirían el mundo a un Occidente

encerrado entre Portugal e Italia, Londres y Roma, propiciando la aceptación de la diversidad y de la pluralidad; transmitiendo la convicción de hallarse ante una naturaleza espontáneamente ordenadora de la vida, y de ser la razón el instrumento privilegiado para acceder al conocimiento que terminaría disipando los antiguos enigmas que martirizaban al hombre del pasado.

Los acontecimientos políticos europeos, en particular la caída de la familia Estuardo en Inglaterra, por una parte, prototipo en la práctica de los principios absolutistas de origen divino, y la asunción del trono de Inglaterra por Guillermo de Orange, por la otra, habrían de servir de base al movimiento de constitucionalización de Inglaterra, bajo las doctrinas políticas que difundiría su mayor intérprete, JOHN LOCKE, en su “Ensayo sobre el gobierno civil”, buscando mostrar los fundamentos de “La Gloriosa” de 1688, obra de cabecera de los gobernantes del siglo XVIII, y en la cual se postulaba el origen contractual del Estado y se reconocía que los hombres eran titulares de derechos naturales, inalienables e imprescriptibles.

Por eso, el gran intelectual que fue MONTESQUIEU, no pudo menos que destacar al gobierno de Inglaterra, en 1748, como el prototipo de poder político al servicio de la libertad, y siguiendo a LOCKE, erigirlo como modelo de la obra de ingeniería política que desarrolla en el Libro XI de su magistral “Del espíritu de las leyes”.

En este Libro XI, constata MONTESQUIEU que “una experiencia eterna –enseña– que todo hombre investido de autoridad abusa de ella”; postula que “Para que no se abuse del poder, es necesario que le ponga límites la naturaleza misma de las cosas”, y expresa su confianza en que una Constitución puede ser de tal naturaleza, que por su mismo texto pueda forzar a “que nadie sea obligado a hacer lo que la ley no mande expresamente, ni a no hacer lo que expresamente no prohíbe”.

Esta constitución tendría “por objeto la libertad política”: esa “tranquilidad de espíritu que proviene de la confianza que tiene cada uno en su seguridad, –para lo cual– es necesario un gobierno tal, que ningún ciudadano pueda temer a otro”, y fundarse en que “En cada Estado hay tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho de gentes, y el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil”. “Se llama a este último poder judicial, y al otro poder ejecutivo del Estado”. “Todo se habría

perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes: el de dictar leyes; el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o los pleitos entre particulares.”²

Extrapolando sus palabras, CARRÉ DE MALBERG podrá constatar que “Es evidente que el derecho público francés considera a la administración como una función de orden ejecutivo”, consignando que entre los autores del siglo XIX que así lo afirmaron se encuentran BERTHÉLEMY y DUCROCQ, el primero al señalar que el fin de la administración es concurrir “a la ejecución de las leyes”, y el segundo, al agregar que la administración es “una rama del poder ejecutivo que busca poner en ejecución las leyes: “fuera de la legislación -son sus palabras- sólo puede concebirse una función [...] de ejecución”. Por su parte, “desde 1789, la mayoría de las Constituciones de Francia, apropiándose así de la terminología creada por Montesquieu, designan con el nombre de poder ejecutivo a la potestad que corresponde a la función administrativa (Constituciones de 1791, de 1793, de 1848, Leyes de 1871, 1873 y 1875).”³

2. DEL ESTADO DE POLICÍA AL ESTADO CONSTITUCIONAL, DEL *IUS POLITIAE* AL *IUS PUBLICUM*.

Las ideas de la Era de la Razón, del siglo XVIII, circularon por todos los puntos cardinales, proyectándose particularmente hacia quienes participaron en la construcción de la sociedad política norteamericana y francesa, procesando las dos grandes revoluciones libertarias de esa centuria, que fueron las que abrieron las puertas a los nuevos tiempos en sus Declaraciones de 1776 y de 1789, respectivamente.

El artículo 16 de esta última Declaración, estatuyó explícitamente que “una sociedad que no tiene asegurados los derechos naturales del hombre ni la separación de poderes, carece de constitución”.

² MONTESQUIEU, Carlos de Secondat, marqués de la Brède, *Del espíritu de las leyes*, Buenos Aires, Editorial Claridad, 1971, pp. 186-188.

³ CARRÉ DE MALBERG, R., *Teoría general del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1948, p. 429.

El profesor de Leipzig, OTTO MAYER, describió elocuentemente el efecto jurídico de esta transformación política. Desde entonces, dice, la potestad del Estado “se reviste a sí misma de las formas y rasgos característicos del derecho. El derecho público no significa ya, como en el eufemismo de los antiguos doctores, una esfera en la cual, por oposición a la del derecho civil, no existe derecho cuando se trata de relaciones entre Estado y súbdito. Tenemos ante nosotros el hecho de la existencia de un derecho público que se aplica a la administración al lado de aquel que queda atribuido a las relaciones civiles, y que debe considerarse respecto del Estado como el derecho común que en la duda le es aplicable”⁴.

En efecto, agregó ZANOBINI, “Sólo después de la Revolución Francesa, una vez afirmado el principio de la separación de los poderes del Estado y la completa sumisión del poder ejecutivo a las normas establecidas por el poder legislativo, fue posible -en el continente europeo- que todas las leyes referentes a la organización y a la actividad de los órganos administrativos cobraran eficacia ostensiblemente obligatoria y se convirtieran en fuente de relaciones jurídicas entre el Estado y los ciudadanos.”⁵

3. DE LA ESTRUCTURA ESTATAL A LA ACTUACIÓN DEL ESTADO: LA LEY COMO ACTO LEGISLATIVO Y EL DECRETO COMO ACTO ADMINISTRATIVO.

Para MONTESQUIEU, el poder ejecutivo, abierto en esos dos brazos que eran el ejecutivo del derecho de gentes o simplemente ejecutivo, y el ejecutivo de las cosas que dependían del derecho civil o poder judicial, el “supremo poder ejecutor”, potestad que “debe estar en las manos del monarca”, tenía por objeto “ejecutar las resoluciones públicas”; “tomar resoluciones activas que exigen alguna ejecución”; era “una función de gobierno que exige, casi siempre, una acción momentánea”.

⁴ MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1982, tomo I, Parte general, p. 68.

⁵ ZANOBINI, Guido, *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Arayú, 1954, volumen I, p. 56.

JUAN JACOBO ROUSSEAU, en su tesis de la ley como expresión soberana de la voluntad general, habría de precisar en 1762, en “El contrato social”, que “la soberanía, no siendo más que el ejercicio de la voluntad general [...], no se dirige a un objeto particular”. Resolver los casos particulares es propio del gobierno. “Yo llamo Gobierno o suprema administración al ejercicio legítimo del poder ejecutivo, y Príncipe o Magistrado al hombre o al cuerpo encargado de esta Administración.” “Toda acción libre tiene dos causas que concurren a producirla, la una moral, a saber: la voluntad que determina el acto, y la otra física, a saber: la potencia que la ejecuta. El cuerpo político tiene los mismos móviles: se debe distinguir la fuerza y la voluntad, ésta bajo el nombre de poder legislativo, y la otra bajo el de poder ejecutivo: nada se hace, no se debe hacer sin su concurso.”

De aquí, también, que mientras “el poder legislativo pertenece al pueblo” soberano, el poder ejecutivo no es “el soberano [...] sino el Ministro” del soberano “encargado de la ejecución de las leyes y del mantenimiento de la libertad tanto civil como política.”⁶

En tanto las leyes son actos de voluntad general, “lo que ordena el Soberano sobre un objeto particular tampoco es una ley, sino solo un decreto, no un acto de Soberanía, sino de Magistratura.”⁷

El poder ejecutivo, en este contexto, estaba llamado a ejecutar las decisiones del soberano, a dictar resoluciones activas; en palabras de ROUSSEAU: a expedir decretos, actos de magistratura cuya peculiaridad propia era la de recaer sobre objetos particulares, referirse a situaciones singulares, y las Constituciones francesas habrían de concretar esas prerrogativas otorgándole al titular del Poder Ejecutivo las facultades de regular: ejercer la potestad reglamentaria de la ley, y de decidir caso a caso, ejercer la potestad decretal o decisoria.

4. CHILE Y LA HERENCIA OCCIDENTAL.

Chile, al igual que todos los países de estas latitudes del orbe, se incorporó al mundo político institucional forjado por la racionalidad y la sensibilidad de Occidente y participó plenamente de sus

⁶ ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El Contrato Social*, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1958, págs. 38, 39, 54, 83 y 82.

⁷ ROUSSEAU, Juan Jacobo, *op.cit.*, p. 56.

representaciones intelectuales, aceptando las fuentes predominantes de su cultura.

1. Así lo hizo ya en 1541, al constituirse el Cabildo de Santiago convocado por PEDRO DE VALDIVIA; de igual manera prosiguió por esta senda con posterioridad, en el sistema polisindial característico de la Casa de Austria, luego reemplazado por la línea unipersonal de autoridades impuesta por la Casa Borbónica, y similar actitud adoptó al advenir el movimiento independentista detonado por la invasión de España por NAPOLEÓN, que hizo ceder las antiguas fórmulas reales bajo los emblemas que habían flameado en 1776 y 1789.

2. El fenómeno de asimilación cultural de la cultura liberal individualista se dio minoritaria pero naturalmente en Chile, a raíz, entre otras causas, de los viajes al extranjero, desde luego a Madrid, de distinguidos chilenos que con sus adquisiciones permitieron a las personas de su círculo, acceder a importantes obras de la literatura más avanzada de aquel tiempo.

El ilustre DIEGO BARROS ARANA testimonia que durante los últimos años de la Colonia “algunos hombres adelantados habían adquirido algunos libros que correspondían mejor al espíritu y a los progresos de la Edad Moderna que los rígidos textos de la época. Don José Antonio Rojas y don Manuel de Salas trajeron de Europa, para su uso particular, con no pocas dificultades y sacrificios, colecciones más o menos considerables en que no escaseaban los libros de ciencias naturales e industriales, de filosofía, de economía política y de historia, muchos de ellos escritos en lengua francesa”. “Don José Antonio Rojas, que no pudo hacer entrar en Chile un ejemplar de la obra de Robertson, introdujo en cambio en su numerosa biblioteca las obras de Montesquieu y de otros filósofos de la escuela moderna y hasta un ejemplar de la Enciclopedia francesa del siglo XVIII”⁸.

Se ha recordado en más de una ocasión, por otra parte, que uno de los padres de la Constitución de 1833, el insigne MARIANO EGAÑA, durante su permanencia en Inglaterra, analizó los sistemas políticos inglés y francés asimilando sus características descentralizadas de Inglaterra y centralizadoras de Francia, con sus énfasis en la libertad y en la potestad, respectivamente, y relevando cuán útil era

⁸ BARROS ARANA, Diego, *Historia General de Chile*, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1933, 2ª edición, Tomo VII, 2ª Parte, págs. 544 y 548.

tenerlas en cuenta para Chile: “es preciso observar estas dos grandes naciones y compararlas”, decía a su padre en carta de 16 de febrero de 1828. Su “conocimiento es indispensable para servir a la Patria con provecho”⁹.

3. Acorde con su ascendencia europea continental, todas las opiniones coincidieron en la necesidad de establecer en el país una organización libertaria fundada en la separación de poderes, modelo político considerado por la intelectualidad del siglo como la forma irremplazable alcanzada por la civilización occidental para ordenar debidamente a la sociedad política.

Su aceptación impactó profundamente en la conciencia ciudadana, hasta el punto de perdurar hasta nuestros días la costumbre de referir la organización del Estado chileno al régimen de separación de poderes, no obstante tratarse de un aserto de discutible base constitucional, desde el instante que el Código Político elude acudir a esta denominación, remitiéndose más bien a la expresión “órganos del Estado”, en una redacción intencionalmente buscada para expresar el rechazo a “la expresión Poderes del Estado” “tal como se la entendió a partir a la Revolución francesa”, y dejar en claro “que el Estado tiene -más bien- diversas funciones esenciales que las cumplen órganos determinados”, lo que “es mucho más claro”, como señaló don JAIME GUZMÁN en la sesión 49^a, de 27 de junio de 1974, de las celebradas por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (CENC).

Con todo, el lenguaje habitual y oficial, expresando la impronta depositada en la memoria colectiva, se ha mostrado impermeable a toda evolución en esta materia. “Yo no soy administración pública, soy un Poder del Estado y lo digo categóricamente”, sostendrá en el mes de diciembre de 2006 el Ministro de la Corte Suprema de Justicia don ALBERTO CHAIGNEAU al rechazar un proyecto de ley que fijaba horario de funcionamiento a los Tribunales Superiores de Justicia. “Somos el tercer poder del Estado, no un poder de tercera clase”, agregó enseguida¹⁰.

⁹ Vid.: CAMPOS HARRIET, Fernando, Historia Constitucional de Chile, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1983, 6^a edición, p. 359.

¹⁰ Diario El Mercurio de Santiago, sábado 30 de diciembre de 2006, p. C 13, y lunes 8 de enero de 2007, p. C 6. La reacción judicial a esta iniciativa legislativa prosiguió en el mes de enero de 2007 y se ha prolongado hasta después. El Presidente de la Asociación de Magistrados insistió en la posición distinta de la administrativa que ocupaba el Poder Judicial y más tarde cri-

Y el Tribunal Constitucional, en su sentencia Rol 253, de 1997, v. gr., al destacar la importancia que asume en un Estado de derecho el respeto a las normas constitucionales que consagran “el reparto de competencia, el principio de supremacía constitucional en nuestro ordenamiento y así, también, en rigor –relevará–, las atribuciones exclusivas de los distintos Poderes del Estado”, acudiendo, una vez más, a esta expresión que los redactores del Código Político buscaron erradicar.

Mantenida en el tiempo, esta convicción ha profundizado día a día en el país la difundida percepción de que la administración es una actividad de ejecución de las leyes, tal como había sido predicada por quienes difundieron el modelo de Estado instituido por el pensamiento constitucional europeo del mil setecientos.

De aquí que todas las menciones que en siglo diecinueve se hacían a la administración no podían dejar de mencionar esa característica suya. Ya en el 1800, el primer profesor de Derecho Constitucional del país, don JOSÉ VICTORINO LASTARRIA, diría que “la administración general [...] es la que pertenece al gobierno supremo i que tiene por objeto capital ejecutar las leyes en toda la sociedad, considerando el orden, protejiendo a los asociados i fomentando el desarrollo en todas las esferas de la actividad social.”¹¹

Y el primer autor nacional de Derecho Administrativo, don SANTIAGO PRADO, confirmando esta óptica, señalaría en 1859 que “En el poder ejecutivo reside exclusivamente, conforme al texto constitucional, la facultad de desarrollar el pensamiento del lejislador sin corromperlo i sin atentar indirectamente a sus prerrogativas, abusando del derecho de dictar leyes secundarias para explicar las primeras i disponer su ejecución; derecho inherente a la naturaleza de sus funciones que son propias de un poder activo, i que en nada semejan al efecto de un instrumento ciego o al movimiento de una máquina empleada en exigir obediencia pasiva a los preceptos del lejislador”.

ticaron esta proposición los Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago y otros Ministros de la Corte Suprema. “Viola de alguna manera el principio de la separación de los Poderes del Estado”, dijo uno de ellos, fundando su opinión negativa a la idea de legislar sobre la materia. Véase diario El Mercurio, domingo 7 de enero de 2007, p. C-16.

¹¹ LASTARRIA, José Victorino, Elementos de Derecho Público Constitucional, Santiago de Chile, Imprenta Chilena, 2ª edición, 1846, pp. 116-117.

“La lei ordena i establece reglas, determina los derechos políticos i civiles conforme a la Constitución, decreta las cargas de los ciudadanos, autoriza los gastos, constituye la fuerza política i mueve con su mano suprema todos los intereses sociales, morales o materiales, exteriores o domésticos, individuales o colectivos. Mas, la lei es general; solo establece los principios, no prevee, no desciende a pormenores; asienta las reglas fundamentales i determina las formalidades del ejercicio de los derechos; la administración es quien ejecuta, explica i acomoda el principio de la acción a las consecuencias, haciendo las veces de un lazo entre el hecho i el derecho, entre lo relativo i lo absoluto”.

De aquí la regla que limita el ejercicio de esta facultad. “En virtud de ella el Presidente no puede ejercer otra autoridad que la que le compete como administrador del Estado, como ejecutor de las leyes en su aplicación a los objetivos para que han sido sancionadas”¹².

En efecto, aseverará algunos años más tarde quien se desempeñara como segundo profesor chileno de Derecho Constitucional, don JORGE HUNEEUS, “La Ley, como dice el artículo 1° del Código Civil, es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite. Luego, la Ley crea derechos o impone obligaciones. Tal es su carácter esencial, siendo además general en su objeto e igual para todos. El Poder Ejecutivo, como lo indica su nombre, dicta medidas para hacer ejecutar la Ley; pero no puede alterar en ningún sentido ni los derechos ni las obligaciones por ella creadas, debiendo limitarse a determinar la manera, la forma de cumplirlas. Se dicta, por ejemplo, una Ley que crea un impuesto de cinco por ciento sobre la renta, pagadero en abril de cada año. El Presidente deberá dictar los decretos, Reglamentos e instrucciones que fuere menester para la planteación y recaudación del impuesto; pero no podría aumentar ni disminuir su cuota; no podría ampliar el plazo señalado por la Ley para su pago; no podría incluir en el pago bienes exentos de él, conforme a la Ley, ni exceptuar a los que ésta no eximiere. En suma, debe guardar la Ley, haciéndola ejecutar, y no sobreponerse a ella ni violarla, so pretexto de hacerla cumplir.”¹³

¹² Anónimo, atribuido fundadamente a don Santiago Prado; Principios Elementales de Derecho Administrativo Chileno, Santiago de Chile, Imprenta Nacional, 1859, págs. 25 y 42.

¹³ HUNEEUS, Jorge, La Constitución ante el Congreso, tomo II, 2ª edición, en Obras Completas de don Jorge Huneeus, Santiago de Chile, Imprenta Cervantes, 1891, p. 46.

El hecho de que la Constitución haya radicado la potestad reglamentaria como una atribución exclusiva del Presidente de la República, implica que “Las leyes no necesitan autorizar al Presidente de la República para que dicte los reglamentos que sean del caso a fin de observarlas o darle debido cumplimiento”, apuntará don ALCIBÍADES ROLDÁN¹⁴.

En la actualidad, la doctrina constitucional y administrativa parte del mismo supuesto.

Así, por ejemplo, los profesores MARIO VERDUGO MARINKOVIC, EMILIO PFEFFER URQUIAGA y HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ¹⁵, reconocen “la crisis del principio de la separación de poderes”, pero coinciden en estimar, sin embargo, que “El artículo 7° de la Constitución expresa [...] el viejo principio de la separación de poderes desarrollado por Montesquieu, o en términos más modernos, la distribución del poder estatal entre titulares diferentes”, criterio éste que en lo relativo a “La distribución vertical del poder, al menos en el ámbito de la Administración del Estado, —implica distinguir— entre la Administración central, los gobiernos regionales y los municipios”¹⁶.

De aquí que para ellos, “La función legislativa -o de creación de normas jurídicas- en nuestro ordenamiento constitucional es desarrollada por el Congreso Nacional como por el Presidente de la República; este último es un verdadero colegislador”; que el gobierno, que orienta su acción a solucionar los grandes problemas nacionales, y la administración, que provee “a la satisfacción normal de las necesidades públicas, conforme a las directivas del Gobierno”, estén “principalmente radicadas en el Presidente de la República” y constituyen “la actividad desplegada por el Poder Ejecutivo”; y que la función judicial, encargada de resolver “un conflicto o asunto de orden temporal, declarando, reconociendo o concediendo un derecho, beneficio o sanción en virtud de la aplicación al caso concreto de normas de derecho de carácter general o de principios de equidad”, se encuentre

¹⁴ ROLDÁN, Alcibiades, *Elementos de Derecho Constitucional de Chile*, Santiago de Chile, Imprenta Lagunas & Co. 3ª edición, Santiago, 1924, p. 367.

¹⁵ Véase, de estos autores: *Derecho Constitucional*, tomos I y II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1994.

¹⁶ Cit.ant., tomo I, pp. 134-135; tomo II, p. 187, nota 18.

radicada en “un poder público, soberano, independiente y distinto de los otros órganos del Estado”.¹⁷

Entre los *ius* administrativistas, esta tesis clásica ha sido reivindicada desde la década de 1970 en adelante, por los profesores HUGO CALDERA DELGADO y EDUARDO SOTO KLOSS, al afirmar el primero que “la función ejecutiva se traduce en la ejecución de las leyes para la realización del bien común”¹⁸, ya que el reglamento “se vuelca sobre los aspectos de detalle no regulados por la ley, cuidando en todo caso de no agregar otra cosa que la pormenorización o los detalles [...] que faciliten su cumplimiento”¹⁹, y al sostener, el segundo, que “el órgano administrativo, al ejercer sus funciones legales, debe atenerse al mero esclarecimiento de las disposiciones de la ley a fin de buscar su sentido, y al ir más allá de ello cae en la creación normativa, función que no es atribución suya, de ejecución de ley, sino del legislador”, de manera que si bien “Al Presidente de la República toca de manera primordial y deber fundamental ‘la conservación del orden público en el interior, debe hacerlo, no según su beneplácito sino de acuerdo con la constitución y las leyes’... Y ¡cuidado! con entender que porque el texto constitucional diga “crea convenientes” para dicha ejecución, el Presidente queda liberado de su obligación constitucional y puede actuar cuando se le ocurre según su capricho, *bon vouloir*, o beneplácito, porque la propia Constitución, que es republicana y democrática y no monárquica como algunos parecen creer, se encarga de hacer jurídicamente responsable al mismo Presidente”.²⁰

En una publicación reciente, su autor caracteriza a la potestad reglamentaria en la Constitución de 1925, antecedente de la Carta de 1980, categorizándola desde luego como de origen constitucional, pero

¹⁷ Cit.ant., tomo II, págs. 8, 9, 106, 124 y 179.

¹⁸ CALDERA DELGADO, Hugo, *Manual de Derecho Administrativo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1978, p. 7.

¹⁹ Caldera Delgado, Hugo, “La norma de clausura y la potestad reglamentaria en el Anteproyecto de Nueva Constitución”. En: *Revista de Derecho Público*, 27, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 1980, pp. 258-259.

²⁰ Soto Kloss, Eduardo, “La responsabilidad pública (un retorno a la idea clásica de restitución)”. En: *Revista de Derecho Público*, 27, Santiago de Chile, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, enero-junio, 1980, p. 133; “La fórmula “y en contra no procederá recurso alguno” y el Estado de Derecho”. En: *Gaceta Jurídica*, 27, Santiago de Chile, Editorial ConoSur, agosto de 1979, p. 14; “Ley y Reglamento: sus relaciones en el Derecho chileno”. En: *revista Ius Publicum*, 3, Universidad Santo Tomás de Aquino, 1999, p. 41.

de nivel “sublegal y autorizada sólo como facultad de ejecutar las leyes autorizadas por el Parlamento”.²¹

La jurisprudencia judicial y administrativa, por su parte, aceptan igualmente la vigencia conceptual de un Poder Ejecutivo del Estado.

La Corte Suprema de Justicia en numerosos fallos ha puesto de relieve esta idea. Así, el 4 de mayo de 1964 verificó que “La actividad legislativa del Estado es la más genuina manifestación de los atributos del imperio o poder público y sus posibilidades se confunden con las de la voluntad imperativa de la nación”, agregando, por sentencia de 8 de julio de 1967, que “No es posible que el Poder Legislativo, al ejercer sus funciones genuinas, atente contra la soberanía de la nación”, porque justamente está llamado a ejercerla, correspondiendo a la potestad reglamentaria, solamente, “dictar aquellas normas que faciliten o hagan más expedita la ejecución o aplicación de una ley, pero no establecer preceptos o disposiciones que vayan más allá o extralimiten los términos mismos de la ley que reglamenta” (fallos de 3 de noviembre de 1960; 17 de abril de 1962; 24 de abril de 1963). Debe “limitarse a determinar la manera, la forma de cumplirlas” (sentencia de 16 de mayo de 1966).

La Contraloría General de la República se ha pronunciado en el mismo sentido. Sus atribuciones, ha dicho, se circunscriben a fiscalizar los actos de la Administración del Estado, o sea, del “Poder Ejecutivo”, razón por la cual carece de competencia para pronunciarse sobre asuntos que conciernan al Poder Legislativo o al Poder Judicial, idea reiterada por el dictamen N° 6.140, de 2001, que consignó el hecho que “De la historia fidedigna de su establecimiento -de la Constitución Política, se desprende- que la expresión “Gobierno” que se consigna como título del referido Capítulo IV -de la Carta Fundamental- se usa en un sentido orgánico para aludir en general al Poder Ejecutivo, de modo que comprende a los órganos administrativos.”

²¹ GARCÍA, Gonzalo, *La reserva legal de derechos constitucionales: ¿Poder Legislativo contra la Administración?*, Santiago de Chile, Colección de Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, 2004, p. 89.

5. LA POTESTAD REGLAMENTARIA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980-2005.

1. El artículo 32 numeral 8° de la Constitución de 1980, actual 32 numeral 6° del texto reformado y actualizado de 2005, consagra la potestad reglamentaria presidencial, prerrogativa reconocida como la matriz reguladora y legitimadora de la actividad administrativa presidencial y, por extensión, de la actuación de todo el resto de las autoridades administrativas.²²

Artículo 32. Son atribuciones especiales del Presidente de la República:

6°. Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes.

En claros términos, este precepto abarca dos tipos de potestad reglamentaria: la potestad reglamentaria autónoma y la potestad reglamentaria de ejecución de la ley.

Como expresó el Tribunal Constitucional en su fallo Rol N° 325, de 2001, “[...] el Poder Constituyente estableció en el artículo 32, N° 8° [actual N° 6°], de la Carta Fundamental, dos clases de potestad reglamentaria: a) la “autónoma” que es aquella que ejerce el Jefe del Estado y que reconoce como fuente inmediata la Constitución misma y que versa sobre materias que no sean propias del dominio legal, y b) “la de ejecución” destinada a facilitar, a dar debida aplicación a la ley y cuya causa directa es ésta y su origen mediato es la Carta Política” (considerando 25)²³.

Efectivamente, en su primera parte, el numeral 6° del artículo 32 consagra al Presidente de la República como la gran autoridad reguladora de la República confiándole el ejercicio de una prerrogativa de normación que cubre todo cuanto no le está expresamente entregado

²² La Constitución chilena nunca ha contado con una regulación general de la Administración del Estado. Tanto es así, que las menciones que la Carta de 1980-2005 tiene de determinados organismos administrativos no fue recogida por la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado por cuanto fueron consideradas obsoletas por la Comisión de Estudios que se ocupó de estudiar el anteproyecto.

²³ Los fallos del Tribunal Constitucional han sido consultados en su sitio web: www.tribunalconstitucional.cl.

al Legislador, el que por mandato del artículo 63 halla encriptada su competencia en una esfera de reserva legal máxima imposible de extender.

La potestad reglamentaria autónoma abarca así “todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal”. La disposición quinta transitoria cuida de asegurar al Administrador esta larga y ancha competencia normativa al imponer al Legislador realizar la desregularización legislativa del ordenamiento jurídico acorde con el nuevo predicamento, buscando eliminar del Derecho chileno todas aquellas leyes –declaración de voluntad soberana– dictadas en el pasado que excedieran el campo expresamente delimitado como tal por la reserva constitucional del artículo 63, de manera de facilitar así la agilidad de un orden jurídico concebido y querido como ágil y flexible, en tanto conformado por reglamentos autónomos.²⁴

En su segunda parte, este numeral 6° reitera la procedencia de la tradicional potestad reglamentaria de ejecución de las leyes, cuyo ámbito, ya reducido en la tesis decimonónica, habría de verse sorprendentemente atacado de nuevo en el siglo XXI por la tesis impuesta por el Tribunal Constitucional en los años 1992 y 1993, que ha desautorizado los criterios aplicados por los círculos políticos chilenos en todos los campos hasta entonces legislados.

A. LA POTESTAD REGLAMENTARIA AUTÓNOMA.

2. Pese a la innovación que pudiera reconocerse a primera vista a la reforma introducida a la Carta de 1925 por la Ley Fundamental de 1980, al incorporar a su texto a la potestad reglamentaria autónoma, en rigor de verdad, poco o nada se ha obtenido con ella.

Por lo pronto, no es efectivo que presente caracteres de novedad e innovación. Ya a fines de siglo XIX, el ilustre JORGE HUNEEUS fundaba la existencia de una potestad reglamentaria autónoma destacando que el tenor del actual artículo 24 del Código Político, que proviene de

²⁴ El protagonismo político asumido por los congresales en la etapa post 1990, ha estimulado su interés por los temas y problemas contingentes, actitud que se condice con la idea de una ley concebida como declaración de la voluntad soberana, porque permite a los legisladores adentrarse en materias y asumir determinaciones que, de lo contrario, les estarían vedadas. Ello explica que la Disposición quinta transitoria de la Constitución no haya merecido la atención del legislador.

la de 1833 y ésta de la de Cádiz de 1812, permitía al Presidente de la República adoptar todas las medidas que estimara convenientes para conservar el orden interno y la seguridad exterior, en tanto y en cuanto no se arrogara, “en caso alguno [...] atribuciones propias de los otros “Poderes Públicos”, ni invadir atribuciones correspondientes a otras “autoridades”, “ni limitar las garantías individuales, ni ofender derechos fuera de los casos expresamente previstos en la misma Constitución o en las Leyes”, nada obstaba, sin embargo, sino por el contrario todo contribuía a facilitarle la adopción de cuantas medidas considerara oportunas para proveer a “todo” lo que demandara la satisfacción de “aquellos dos altos intereses”, el orden interior y la seguridad exterior, atendidas las circunstancias de oportunidad, de tiempo y lugar que concurrieran en cada situación.

Respetando “las cuatro limitaciones que acabamos de indicar -precisaba el señor HUNEEUS-, puede el Presidente dictarlas -las medidas que estimase convenientes- en conformidad a lo dispuesto en este artículo”²⁵, citando ejemplos que confirman la antigua data que presenta la potestad autónoma en Chile.

Así, por lo demás, se ha actuado en todos los tiempos. Bajo el Gobierno del Presidente FREI MONTALVA, invocando esta prerrogativa, se puso en vigencia la gran reforma educacional impulsada en ese tiempo, incluyendo el uso del uniforme escolar. Hasta ahora rige el reglamento autónomo de aquellos años también, que ordena adelantar o atrasar la hora oficial en el territorio de la República en la segunda semana de los meses de octubre y marzo de cada año para lograr un mejor aprovechamiento de la energía eléctrica. En ambos casos, ateniéndose a los parámetros fijados por don JORGE HUNEEUS en el siglo XIX.

Con la redacción dada a esta norma en 1980, no se ganó, pues, en claridad ni en mayor espacio normativo para la potestad reglamentaria. La incorporación por la Junta de Gobierno del numeral 20 al artículo 63, según el cual es materia ley, genéricamente, “Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico”, no ha contribuido tampoco a abrir un mayor espacio a la prerrogativa ejecutora de la ley, porque el legislador mantiene

²⁵ HUNEEUS, Jorge, vid. op.cit., tomo II, p. 39.

los criterios tradicionales, llevando a afirmar a un autor que esta figura sería irrelevante²⁶, y a otro a sostener que se ha tornado impracticable²⁷, porque no ha existido interés alguno, en el Gobierno ni en el Congreso, por producir la desregulación del ordenamiento nacional, surgido de las leyes declaración de voluntad soberana.

3. La presencia de la potestad reglamentaria autónoma en la Carta Política chilena trajo consigo, sin embargo, dos importantes consecuencias: una jurídica general, la otra competencial especial.

La primera de ellas fue la confirmación expresa del carácter preceptivo del reglamento en general en el Derecho chileno, como acto de creación, modificación o extinción de derecho objetivo, *intra jus*, puesto en evidencia a la luz pública con el reglamento autónomo, y que no siempre gozó de abierta aceptación en la doctrina y jurisprudencia anteriores.

Se despejó, ahora, pues, por una parte, la tendencia de asentar en el país jurídico la distinción alemana entre reglamentos de derecho y reglamentos administrativos, que carece de arraigo en Chile, y se amplió francamente, por la otra, la cobertura del Principio de la Legalidad, antes reducido a la ley estricto sensu, esto es, a la declaración de voluntad soberana definida como tal por el artículo 1° del Código Civil siguiendo la teoría política del siglo XIX, para incluir en él también la observancia de los reglamentos, lo que formalmente justifica hablar más bien de un Principio de la Juridicidad dentro de la Constitución Política.

Esta innovación fue consagrada por el artículo 6° de la Ley Fundamental al definir el orden jurídico objetivo de la República, y conceptuar como tal al constituido no sólo por la ley, sino por la Constitución y por “las normas dictadas conforme a ella”, en las cuales incluyó la gran plataforma reglamentaria estructurada por la Carta Política y que abarca desde el Presidente de la República hasta las autoridades comunales, y desde el orden administrativo al orden jurisdiccional.

²⁶ PIERRY ARRAU, Pedro, “El ámbito de la ley”, en “El Proceso Legislativo en Chile”, Valparaíso, Editorial CEAL-UCV, 1992, pp. 67-88.

²⁷ SOTO KLOSS, Eduardo, art. cit., 1999, p. 34.

Artículo 6°, incisos 1° y 2°. Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares e integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

Los artículos 32 numeral 6°, 113 y 119, inciso 2°, y 93 numeral 2° de la Carta Política reformada y actualizada al año 2005, así lo establecen.

De esta manera, el constituyente de 1980 constitucionalizó la juridicidad de la potestad reglamentaria en el ordenamiento chileno.

A su vez, el legislador cerró este circuito reglamentario al reconocer el ejercicio de esta prerrogativa a las Cámaras Legislativas, y haciendo lo mismo, en general, respecto de los jefes superiores de los servicios autónomos y descentralizados²⁸.

Este gran ordenamiento *jurídico administrativo* conformado por los niveles de ley y de reglamento, ha venido a integrarse, pues, dinámica y condicionadamente, al hasta ahora llamado ordenamiento *jurídico legal* -como sinónimo de obligatorio- que dominaba y domina los espacios del legislador soberano, haciendo que el constituyente de 1980-2005 reconozca al horizonte del Derecho objetivo chileno de la actualidad proyectado más allá del clásico Principio de la Legalidad y de fundamento para abrir lugar a un Principio de la Juridicidad de mayores dimensiones, ya que en lo formal abarca naturalmente a los distintos tipos de leyes, pero también, con iguales caracteres de obligatoriedad y exigibilidad, incluye a la Constitución y a todas las normas que se dicten conforme a ella: los tratados internacionales, los decretos con fuerza de ley y los reglamentos, sean éstos de fuente constitucional o legal, nacionales, regionales o locales.

La segunda consecuencia que derivó de la regla del numeral 6° del artículo 32 incorporada al texto de la Constitución, fue servir de fundamento a dos importantes atribuciones del Tribunal Constitucional.

²⁸ Naturalmente, la potestad reglamentaria, en cuanto poder de dictar normas, difiere de la potestad decisoria, que se traduce en decretos simples y resoluciones, que son de alcance particular, y de la potestad de instrucción, que lo hace por medio de órdenes de servicio y de circulares, caracterizadas por actuar dentro del orden jurídico sin producir en él, por lo tanto, efecto innovativo alguno.

Según lo establecido por su misma jurisprudencia: fallo Rol N° 325, de 2001, considerando 28, dentro de las facultades que asisten a esa Alta Magistratura deben distinguirse entre sí las causales impugnativas de un reglamento que contemplan los numerales 12 y 5° del artículo 82, actuales 16 y 9° del artículo 93, ya que “Regulan -dice esta sentencia- dos situaciones o institutos enteramente distintos, obedecen a diferentes causas y persiguen diversas finalidades. La primera, la del N° 12, se refiere a los decretos dictados por el Presidente de la República en el ejercicio de la potestad autónoma, que versen sobre materias que pudiesen estar reservadas al dominio legal. La segunda, la del N° 5°, [...] rige para los decretos emanados del Jefe de Estado, en virtud de la potestad reglamentaria de ejecución, que adolezcan de inconstitucionalidad, cualquiera que sea la naturaleza de ésta”.

4. La potestad reglamentaria autónoma ha tenido, pues, una vida azarosa en la Carta de 1980. Postulada por la Comisión de la Reforma Administrativa que funcionó paralelamente a la CENC, como un complemento eficiente de las futuras leyes marco o bases que preveía en el inminente ordenamiento chileno, pasó a verse relegada a un papel secundario por la inercia del legislador y por un hecho inédito para el constitucionalismo chileno: la preceptiva institucional que creó la reserva francesa de ley y consagró la esencialidad alemana de los derechos, según se verá más adelante.

B. LA POTESTAD REGLAMENTARIA DE EJECUCIÓN DE LEY.

5. En cuanto a la potestad reglamentaria de ejecución de ley que contiene la segunda parte del numeral 6° del artículo 32, su sentido y alcance no sólo siguió el patrón limitativo tradicional que se le había reconocido con anterioridad, sino que tendría oportunidad de matizarse en una ecuación difícil de resolver dentro del nuevo Texto Político, como lo demostró elocuentemente el itinerario recorrido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para fijar su alcance, que en los primeros años del decenio 1990 comenzó concluyendo que la reserva constitucional de ley *per se* obstaba al ejercicio de la potestad presidencial de reglamentar la ley.

La reserva constitucional de materias de ley, para el Alto Tribunal durante este periodo, significa la consagración de una cláusula jurídica de competencia legislativa exclusiva a favor del legislador, excluyente por lo tanto de toda participación reglamentaria presidencial. En estos

términos, por consiguiente, y generalizando, tratándose de las materias enumeradas en el artículo 63 de la Constitución, bien podía concluirse que tratándose de ellas el Presidente de la República tiene vedado el ejercicio de su clásica prerrogativa ejecutiva, correspondiendo a la ley respectiva y sólo a ella, autoabastecer la regulación normativa requerida por las situaciones y relaciones referidas en su texto.

En este sentido se orientó el fallo Rol N° 146, de 1992, en que el Tribunal Constitucional concluyó que al confiar la Constitución Política al legislador la regulación de “cualquier actividad económica”, facultad que al tenor de lo dispuesto en el artículo 63 de la misma Carta Fundamental “sólo” podía ser materia de ley, “esta facultad no le corresponde al administrador”. “En otras palabras -señaló en el considerando 11 que se cita de dicha sentencia- el constituyente entrega al legislador y no al administrador la facultad de disponer cómo deben realizarse las actividades económicas y a qué reglas deben someterse.”

Similar corolario alcanzó la Alta Magistratura en su fallo Rol N° 167, de 1993, a propósito del avisaje caminero normado a través de un reglamento, y en el fallo Rol N° 185, de 1994, sobre la inconstitucionalidad de la remisión legislativa a un reglamento en casos especiales de anormalidad ambiental, invocando argumentos semejantes: la reserva constitucional en materias de ley obsta al ejercicio de la potestad reglamentaria o a una autorización legislativa al Presidente de la República para ejercerla, por cuanto esas materias estaban entregadas al legislador, y el reglamento era un “acto administrativo”, como dijo el considerando 12 de la segunda de las citadas sentencias, y en el fallo de 28 de julio de 1998, a raíz del proyecto de Remuneraciones del Ministerio de Obras Públicas, Rol N° 276 de ese año, en el que sostuvo que “una materia de reserva legal [...] excluye la posibilidad de que ella sea establecida por decretos supremos dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma, y menos todavía de ejecución, del Presidente de la República” (considerando 10°).

6. No era ésta, sin embargo, la visión que sobre la potestad reglamentaria se había tenido hasta entonces en el país, pues en la práctica se admitía como criterio aceptado la facultad del Legislador para llamar

al Administrador al completar sus disposiciones, atendida su idoneidad técnica y su conocimiento real de las situaciones de país.

Recogiendo ese sentir, desde las primeras sesiones de la CENC se había realizado la idea de que “la ley debe ser una norma de carácter general dirigida al bien común”, sin que esta cualidad suya pudiera significar, “en caso alguno, invadir el campo de la potestad reglamentaria del Presidente de la República”²⁹, pues era necesario restituir a la ley su naturaleza de precepto general y obligatorio y reivindicar para el reglamento desde luego su carácter propio de acto complementario de la ley, valorado naturalmente si se trataba de leyes ordinarias de bases o marco, atendida su adaptabilidad temporal a las variables condiciones de la vida contemporánea, apta para ofrecer soluciones oportunas al ritmo de los tiempos.

Por eso, bien pudo precisar el profesor RAÚL BERTELSEN REPETTO en la sesión 355^a, de 20 de abril de 1978, que el artículo 63 de la Carta Política tenía un carácter limitativo de las facultades del Legislador y que todo cuanto no estuviera comprendido en ese precepto de la Ley Fundamental, “caería dentro del campo de la potestad reglamentaria, la cual sale fortalecida al limitarse la actividad legislativa únicamente a las materias que por su importancia para el país y por su carácter general, deban resolverse con acuerdo del Congreso”, en una clara aplicación de su parecer anterior, en orden a que la expresión “poder ejecutivo” era una de las “más incorrectas del Derecho Constitucional contemporáneo” y proponer en su reemplazo la utilización de la voz “Gobierno”, como ocurrió en definitiva y como apareció en el epígrafe del capítulo IV del texto plebiscitado de 1980 y en el reformado y actualizado de 2005³⁰.

7. Con todo, el hecho de que la CENC tempranamente pidiera tener a la vista las Constituciones Políticas de los países de mayor desarrollo jurídico en Occidente, habría de inducir a la complementación de esa idea original con otras visiones de distinta fuente que en el curso de las deliberaciones, y por estimarse afines a la idea principal de ciertos preceptos, fueron incorporándose a su texto, concretándose, a la larga, en un producto altamente complejo de compatibilizar con los objetivos

²⁹ Véanse: Actas Oficiales, sesión 11^a, celebrada el 30 de octubre de 1973.

³⁰ Actas Oficiales de la CENC, sesión 332^a, celebrada en martes 13 de diciembre de 1977, p. 1866.

iniciales que habían inspirado al anteproyecto de ley fundamental, no tanto, como pudiera pensarse, por la profundidad alcanzada en la asimilación de las culturas constitucionales francesa y alemana, a las cuales recurrió, sino precisamente por la incorporada agregación de esas lecturas, cuyo contenido, sin el contexto cultural de gestación que lo caracterizaba, abría un abanico de posibilidades de interpretación, proclive a la acepción quirritaria incluso de los conceptos básicos de persona humana y derechos subjetivos, induciendo a considerarlos como individuo y propiedad, en abierta contradicción con el postulado general de un Estado democrático y social de Derecho.

Parece del todo claro, en efecto, que la Carta de 1980 no sólo se basó, como se ha reiterado en forma unánime por los autores que se han ocupado de ella, en una concepción jusnaturalista de la sociedad, que habla elocuentemente del servicio a la persona humana, sino que internalizó también con fuerza, aunque por agregación, la tesis francesa de la reserva legal y del reglamento independiente, así como la venerable tradición germana teorizada por la escuela dogmática a fines del 1800, con LABAND, GERBER y JELLINEK, que reconocía como derecho únicamente a las materias concernientes a los derechos subjetivos, formulando así aquel clásico criterio de distinción entre lo jurídico y lo administrativo, entre la ley y el acto administrativo, e incluso, por extensión, entre la ley material y la ley formal, con positivos efectos al interior del Imperio en formación.

8. Curiosamente, entonces, la simiente constitucional que buscaba reducir el rol del Legislador a través de la reserva legal y ampliar el campo del Administrador por medio de los reglamentos complementarios de las leyes marco o de bases, a fin de establecer “un Gobierno fuerte, impersonal y dotado de amplios poderes”, sin perjuicio “de la necesidad de una adecuada fiscalización y control de los actos del gobernante”, perfil acuñado por la CENC para el Presidente de la República en su Memorandum de 26 de noviembre de 1973, por efecto de la aplicación de una tesis proindividualidad aplicada por el Tribunal Constitucional a comienzos de 1990, apareció convertida en un producto de signo contrario, reinsertando así en el Derecho chileno la vieja imagen que ni siquiera aceptaron los liberales manchesterianos al demonizar al Administrador por arbitrario y deificar al Legislador por soberano.

9. En análisis posteriores a aquellas sentencias, el Tribunal Constitucional hubo de redefinir esta relación ley-reglamento en términos

si se quiere más cercanos a la realidad del país, lo que le hizo advertir, desde luego, que conforme al texto de la Constitución y a la tradición constitucional del país, la potestad reglamentaria era una eficiente “herramienta con que cuenta el Estado para satisfacer gran parte de las necesidades públicas” (Rol N° 254, de 1997); que nada obsta a que “ella puede ser convocada por el legislador, o ejercida por el Presidente de la República” (Rol N° 370, de 2003), y que las dificultades que estaba presentando su aplicación no podían sino obligarle a concluir que “el principio de legalidad requiere de una interpretación constitucional flexible, racional y lógica” (Fallo Rol N° 254, de 1997).

En esta orientación se mostraron paradigmáticas las sentencias Roles N° 254, de 1997, citada *supra*, y 282, de 1999.

En la primera de ellas, el Alto Tribunal comienza por admitir que “lo complejo y dinámico no puede regularse íntegramente con anticipación, ni puede tampoco reducirse a esquemas interpretativos apriorísticos”, por lo que “resulta inevitable para el buen funcionamiento de la acción estatal” la concurrencia de la potestad reglamentaria como viabilizadora de la ley. “Si no se reconociere al órgano administrativo la posibilidad de acción directa -apunta este fallo Rol N° 254, de 1997, en su considerando 18-, la Ley de Presupuestos quedaría congelada y sin operatividad. Con razón se sostiene en la doctrina que el Ejecutivo es el órgano encargado de instrumentar y efectivizar esta ley” de Presupuestos.

En la segunda de estas sentencias, recaída en el decreto supremo aprobatorio de un Protocolo Adicional suscrito con Bolivia dentro del marco del Tratado de Montevideo, debidamente aprobado en su oportunidad por el Legislador, el Alto Tribunal estableció el importante y recto principio de que la reserva legal estaba dirigida al Legislador y no al Administrador, al manifestar que ella “trae como consecuencia que la ley sólo procederá en los casos que taxativamente se señalan en el artículo 60 (actual 63) de la Constitución Política”, “sin que pueda excluir la potestad reglamentaria que la Constitución Política confiere al Presidente de la República en su artículo 32, N° 8 (actual 6°), para dictar los reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes.”

10. Con todo, el cierto grado de flexibilidad que incorporaron al tema estas consideraciones constitucionales, no ha superado el fondo de la dificultad que presenta la relación ley-reglamento en el Código Político de 1980-2005, cuya apretada textura empantana la acción

gubernativa en un mal tejido entramado de disposiciones de protección de ciertos ámbitos jurídicos, que más que mostrarse como garantizador de esas esferas subjetivas, se ha revelado como una muralla pétreo contra la acción jurídica del Administrador.

En efecto, como se acepta *nemine discrepante*, el artículo 63 de la Constitución Política contempla la regulación de una reserva legal máxima. En ese carácter, incluye en su enumeración de materias algunas relativas a los derechos de las personas, derechos que el inciso 2° del artículo 5° privilegia reconociéndolos como limitativos del ejercicio de la soberanía, y respecto de los cuales el artículo 19 numeral 26 reconoce que “los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limitan en los casos que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

Este estricto circuito normativo se cierra con el artículo 64 inciso 2°, al excluir de la delegación de atribuciones legislativas que el Congreso Nacional puede realizar en el Presidente de la República, cuanto concierna a las garantías constitucionales. “Esta autorización -prescribe el artículo 64- no podrá extenderse a “(...) materias comprendidas en las garantías constitucionales (...)”, dejando en claro, así, por vía de consecuencia, que efectivamente la Constitución distingue con claridad y rigidiza los campos de regulación de la ley y del acto administrativo.

La historia fidedigna de la Ley N° 19.300, en el informe de la Comisión del Medio Ambiente y Bienes Nacionales del Senado, fue explícita al mostrar el alcance de estas disposiciones. “El constituyente -consigna el informe- reconoce los derechos fundamentales de la persona, regulados en el texto de la Constitución, y establece sus límites y las situaciones en que ellos pueden verse afectados. Asimismo, entrega en forma expresa y restrictiva un mandato al legislador para regular, complementar, limitar o restringir tales derechos e imponer obligaciones a su respecto. En este sentido, las normas legales que se dicten no pueden afectar los derechos en su esencia ni significar obstáculos que impidan su libre ejercicio.”

Por consiguiente, concluye manifestando el informe, “sólo la ley puede establecer restricciones al ejercicio de derechos constitucionales con el objetivo preciso y único de proteger el medio ambiente, si por restricciones se entiende reducir a menores límites o grados, o

modificar, el ejercicio de derechos que deben quedar expresamente determinados. De allí que las restricciones que se establezcan en la ley deben ser específicas, concretas y no genéricas, afectando únicamente el ejercicio de derechos garantizados por la Constitución y que deben estar determinadamente señalados en la ley” (Diario de Sesiones del Senado, Sesión N° 47, de 4 de mayo de 1993, anexo de documentos, página 5652)”.³¹

11. En todo caso, no es ésta la única visión jurisprudencial que se ha dado en los escenarios de la justicia chilena.

La Corte de Apelaciones de Santiago, en los autos proteccionales caratulados “Lota Protein S.A. con S.E. el Presidente de la República y otro”, Rol N° 1224-2006, en fallo confirmado por la Corte Suprema de Justicia (Rol N° 4267-2006), concluyó que se ajustaban a derecho las disposiciones del Reglamento de Observadores Científicos designados de conformidad con la Ley N° 19.713, a la cual ejecuta, pese a contener una serie de imposiciones que afectaban a los armadores de barcos y a los gerentes o administradores de las plantas de pesca industrial, por cuanto “las obligaciones impuestas por el reglamento impugnado son consecuencia directa, natural y lógica del desarrollo y precisión de las obligaciones genéricamente enunciadas por el artículo 19 de la Ley N° 19.713, (...) sólo establecen los medios necesarios y racionales para llevar a cabo el objetivo de la norma, esto es, que los observadores científicos puedan ejecutar su labor de recopilación y toma de información biológica-pesquera (...) Su misión es recopilar y tomar información biológica-pesquera, siendo atribución exclusiva de la Subsecretaría que los designa y manda, determinar si la información por ellos recopilada o tomada les es o no de utilidad, no correspondiéndole al particular hacer un juicio de mérito sobre ello, pero en todo caso el observador científico debe tener las facilidades para cumplir el mandato legal, ya que verlo de otra forma truncaría el objetivo de la norma” (considerando 9°).

12. De esta manera, el objetivo político de 1973 de propender a la formación de “propietarios” y no “proletarios” en el país, expuesto por la “Declaración de Principios del Gobierno de Chile” de 1974, encontró un abonado asidero teórico en la interpretación conservadora de

³¹ Informe citado por el considerando 48 del fallo Rol N° 325, de 2001.

la literalidad de las Constituciones francesa y alemana, para implantar por medio de ellas un inédito cerrojo de aislamiento a cuanto se estimara intromisión administrativa, a través de la imposición de esta reserva máxima legal, concebida, no como una restricción para el Legislador, sino como una limitación para el Administrador, y al ver reflejado en el espejo jusnaturalista de ascendencia hispana, la teoría germana de los derechos de las personas, aunque despojada de sus respectivos contextos político-institucionales.

Ha sido este núcleo de convergencia de fuentes aceptadas y no explicitadas por el constituyente, el que ha gestado los análisis normativos del Tribunal Constitucional para explicarse y explicar la relación entre la ley y el reglamento en la Carta de 1980-2005. Las sentencias que así lo revelan transmiten la convicción que para la Alta Magistratura hay aquí algo más que una simple operación aplicativa de la Constitución, pues, según confiesa en el fallo Rol N° 370, de 2003, la solución de esa interdependencia ha de encontrarse en la consideración integral del Código Político, esto es, en el “respeto de los valores esenciales, todos reconocidos en nuestra Constitución, como son los concernientes al Estado de Derecho, la separación de órganos y funciones estatales, la certeza o seguridad jurídica y la supremacía de la Carta Fundamental con el control previsto en ella para infundirle eficacia” (considerando 13°).

6. LA RESERVA DE LEY, SUS NIVELES Y EXIGENCIAS, Y EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA.

1. Si bien es cierto que el artículo 63 de la Constitución Política prescribe en su encabezamiento que “Sólo son materias de ley”, sugiriendo así contener una enunciación taxativa de objetos legislativos, no es menos efectivo que esa enunciación es altamente especiosa, pues se complica al incluir en sus numerales 1° y 2° dos remisiones a materias genéricas. Una, formulada a “Las que en virtud de la Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales” (N° 1); la otra, hecha a “Las -materias- que la Constitución exija que sean reguladas por una ley” (N° 2).

2. Por eso, se admite por la doctrina y la jurisprudencia que más que una enumeración de materias, este artículo contiene aquella institución jurídica que sustantivamente se denomina reserva legal y que

es la fórmula jurídica que circunscribe la competencia del Legislador precisando la esfera amplia o restringida de los asuntos que son propios de su competencia. En verdad, la reserva legal es vista, particularmente en su modalidad de reserva legal máxima, como “un principio restrictivo que trae como consecuencia que la ley sólo procederá en los casos que taxativamente se señalan en el artículo 60 (actual 63) de la Constitución”, en los términos del fallo Rol N° 282, de 1999, del Tribunal Constitucional, aunque en la práctica, como se ha expresado supra, ha demostrado estar jugando un rol muy diferente.

3. Por hallarse regulada de una manera aparentemente taxativa y contener variadas posibilidades reguladoras, el Tribunal Constitucional hubo de consignar, como lo hizo en su sentencia Rol N° 254, de 1997, que ese artículo 63 no presenta una homogeneidad de normación, pues “en ciertos casos, la regulación de algunas materias por parte del legislador no [está llamada con] la misma amplitud y profundidad que otras. Es por ello que hay casos en que la fuerza de la reserva legal puede ser calificada de absoluta o relativa. En este último caso, incumbe un mayor campo de acción a la potestad reglamentaria subordinada, siendo propio de la ley señalar sólo las bases, criterios o parámetros generales que encuadran el ejercicio de aquella potestad. Ello ocurre cada vez que la Constitución emplea expresiones como “con arreglo a la ley”, “de acuerdo con las leyes”, “con sujeción a la ley”, “de acuerdo a lo que determine la ley” o “en conformidad a la ley”, v.g. en los artículos 10, N° 4; 24 inciso segundo; 32, N° 22; 87 y 94 de la Constitución” (considerando 26).

4. En la reserva legal relativa se está constitucionalmente en presencia de un nivel de habilitación reglamentaria de primer grado, precisó la sentencia Rol N° 370, de 2003; en la reserva legal absoluta, de un nivel de habilitación de segundo grado, ya que “el sistema de reserva y dominio legal imperante en la Constitución en vigor -en palabras del considerando decimoquinto de este fallo-, se estructura en dos niveles de ejercicio de la potestad legislativa.”

“El primero de tales niveles de reserva está previsto en los artículos 32 N° 8 (actual 6°) y 60 (actual 63) de la Constitución, siendo de alcance general y de común aplicación en todos los casos en que ella ha situado en el dominio de la ley la regulación de una materia.”

“En cambio, el segundo de aquellos niveles de reserva se halla contemplado en disposiciones constitucionales específicas, siendo necesario concluir que, en algunas de ellas, la reserva es más absoluta que en otras.”

“(…) cuando la Carta Fundamental ha previsto la reserva legal con carácter más absoluto, la regulación del asunto respectivo por el legislador debe ser hecha con la mayor amplitud, profundidad y precisión que resulte compatible con las características de la ley como una categoría, diferenciada e inconfundible, de norma jurídica” (considerando 17°); ya que en ella “el Poder Constituyente exige el desempeño de la función legislativa con un grado mayor de rigurosidad en la amplitud de la temática regulada, minuciosidad de la normativa que dicta, profundidad o grado de elaboración en los textos preceptivos que aprueba, pronunciamientos sobre conceptos, requisitos, procedimientos y control de las regulaciones acordadas y otras cualidades que obligan a reconocer que, el ámbito de la potestad reglamentaria de ejecución, se halla más restringido o subordinado” (considerando 18°); en estos casos, “el legislador debe conciliar la generalidad, abstracción e igualdad de la ley, así como sus características de normativa básica y permanente, por un lado, con la incorporación a su texto de los principios y preceptos, sean científicos, técnicos o de otra naturaleza, que permitan, sobre todo a los órganos de control de supremacía, concluir que el mandato constitucional ha sido plena y no sólo parcialmente cumplido. No puede la ley, por ende, reputarse tal en su forma y sustancia si el legislador ha creído haber realizado su función con meros enunciados globales, plasmados en cláusulas abiertas, o a través de fórmulas que se remiten, en blanco, a la potestad reglamentaria, sea aduciendo o no que se trata de asuntos mutables, complejos o circunstanciales. Obrar así implica, en realidad, ampliar el margen limitado que cabe reconocer a la discrecionalidad administrativa, con detrimento ostensible de la seguridad jurídica” (considerando 19°).

Los supuestos de reserva legal absoluta, a juicio del Tribunal, traen consigo para el Administrador el deber de inhibirse de entrar al campo reservado al Legislador, y “la potestad reglamentaria, en su especie o modalidad de ejecución de los preceptos legales, (...) la

única que resulta procedente invocar en relación con las limitaciones y obligaciones intrínsecas a la función social del dominio [por ejemplo...] puede ser convocada por el legislador, o ejercida por el Presidente de la República, nada más que para reglar cuestiones de detalle, de relevancia secundaria o adjetiva, cercanas a situaciones casuísticas o cambiantes, respecto de todas las cuales la generalidad, abstracción, carácter innovador y básico de la ley impiden o vuelven difícil regular. Tal intervención reglamentaria, por consiguiente, puede desenvolverse válidamente sólo en función de las pormenorizaciones que la ejecución de la ley exige para ser llevada a la práctica” (considerando 23°).

5. La ley de reserva legal absoluta, por hallarse per se en el deber de contener una mayor masa legislativa, restringe, por eso, pero no enerva, el ejercicio de la potestad reglamentaria, en concepto del Tribunal Constitucional. Solo la condiciona, obligándola a atenerse estrictamente a los caracteres ejecutivos que determina la Carta Política.

Por lo tanto, no basta la fuente constitucional de la potestad reglamentaria ni es suficiente con que la ley misma cometa explícitamente al Presidente de la República la dictación de un reglamento para normar una ley de reserva absoluta; para que el ejercicio de la prerrogativa administrativa de reglamentar se entienda ajustado a la Constitución, ha dicho el Alto Tribunal, es necesario, adicionalmente, que el Presidente de la República actúe respetando lo que es en sí una ley de reserva absoluta.

El fallo Rol N° 325, de 2001, confirmado el año 2003 por la sentencia Rol N° 370, concluyó al respecto en este sentido, que los caracteres diferenciadores de una ley dictada en materia de reserva legal absoluta, la obligaban ante todo a ser suficiente ante el mandato de la Carta Fundamental. Porque, dice el fallo, “(...) -aunque- ocurre con frecuencia que sea la misma ley la que convoque la potestad reglamentaria, o [de no ser así] que por tratarse de una ley de bases, por su carácter general, sea indispensable el uso de esta potestad de ejecución” (considerando 41), esta convocatoria o actuación de oficio no bastan por sí solas para entender que se ha dado cumplimiento al principio de la supremacía constitucional, puesto que “las disposiciones legales que regulen el ejercicio de estos derechos, deben reunir los requisitos de “determinación” y “especificidad”. El primero exige que los derechos que puedan ser afectados se señalen, en forma concreta, en la norma legal; y el segundo requiere que la misma indique, de manera precisa,

las medidas especiales que se puedan adoptar con tal finalidad. Por último, [por medio del reglamento] los derechos no podrán ser afectados en su esencia, ni imponerles condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.”

“Cumplidas que sean dichas exigencias, es posible y lícito que el Poder Ejecutivo haga uso de su potestad reglamentaria de ejecución, pormenorizando y particularizando, en los aspectos instrumentales, la norma para hacer así posible el mandato legal” (considerando 40).

El derecho de propiedad o dominio “se halla, en variados aspectos, sometido al principio de reserva y dominio legal, en el sentido dual o copulativo que ha sido explicado –hizo ver el fallo Rol N° 370, de 2003-, es decir, tanto en sus disposiciones comunes o generales, previstas en los artículos 32 N° 8, 60 y 19 N° 26 de la Constitución, como en sus preceptos específicos. Así sucede, por ejemplo, a propósito del establecimiento de las limitaciones y obligaciones del dominio, derivadas de la función social que le es intrínseca, de acuerdo a lo mandado en el artículo 19 N° 24 inciso segundo de ella. En efecto, la disposición recién aludida, concerniente a la propiedad, preceptúa que “Sólo la ley puede establecer (...) las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social”, mencionando, en seguida, las cinco causales genéricas, pero taxativas, invocando una o más de las cuales el legislador se halla habilitado para imponer tales delimitaciones o restricciones por el motivo advertido.

Parece obvio, agregó esta sentencia, que “donde la Carta Fundamental ha previsto el doble principio de reserva y dominio legal descrito, lo ha hecho con la deliberada voluntad de fortalecer o reforzar la exigencia que conlleva ese principio, excluyendo, o restringiendo, cualquier injerencia de la potestad reglamentaria en la materia. En consecuencia y con análogo sentido de estricto rigor deberá ser interpretada y aplicada la norma general de la Constitución que contempla tal potestad reglamentaria de ejecución, porque no puede ser regulado a través de ella cuanto, reiterada y claramente, el Poder Constituyente ha confiado, con cualidad privativa e indelegable, al dominio de la ley” (considerando 22°). Esta potestad, en “su especie o modalidad de ejecución de los preceptos legales”, procederá “nada más que para reglar cuestiones de detalle, de relevancia secundaria o adjetiva, cercanas a situaciones casuísticas o cambiantes, respecto de todas las cuales la generalidad, abstracción, carácter innovador y básico de la

ley impiden o vuelven difícil regular. Tal intervención reglamentaria, por consiguiente, puede desenvolverse válidamente sólo en función de las pormenorizaciones que la ejecución de la ley exige para ser llevada a la práctica” (considerando 23°).

6. De modo, entonces, que para el Tribunal Constitucional la potestad reglamentaria del Presidente de la República, en cuanto ejecutora de la ley, nace de la Constitución, es una prerrogativa propiamente administrativa; surge como un instrumento indispensable en la conformación del ordenamiento jurídico, pero su ejercicio se encuentra subordinado al nivel de reserva legal desarrollado por el Legislador.

7. Análisis crítico de la relación entre ley y reglamento: entre la actuación sublegem, intra jus o por políticas públicas en la Administración del Estado de Chile.

1. La forma occidental de organización social se instaló en Chile el año 1541 (# 4.1), se mantuvo en el tiempo bajo los Austrias y los Borbones, asimiló la filosofía libertaria de las revoluciones norteamericana y francesa del siglo XVIII, y llegó a estructurarse, con la Constitución de 1833, como un Estado constitucional de primera generación de especiales características (# 4.2 y 4.3).

2. En el campo del Derecho Público, la Carta de 1833, teniendo a la vista la de Cádiz de 1812, reconoció al Presidente de la República como el órgano depositario de una “autoridad” plena en “todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes”, como se lee en el actual artículo 24 de la Constitución 1980-2005, que mantiene la regla del mil ochocientos, otorgándole como facultad especial suya, en el artículo 32, numeral 6°, la prerrogativa de dictar “reglamentos, decretos e instrucciones” para la ejecución de las leyes, los primeros, en virtud de la potestad reglamentaria; los segundos, merced a la potestad decisoria o resolutoria; las terceras, haciendo uso de su potestad jerárquica.

A su vez, confirió al Legislador, constituido por el Presidente de la República y el Congreso Nacional, la facultad de aprobar las leyes, estableciendo las materias que deberían regularse por medio de una ley. La expresión “Sólo en virtud de una ley se puede”, fue la fórmula clásica empleada con ese propósito por las Constituciones chilenas hasta 1980. Desde este año en adelante, se recurrió a la fórmula “Sólo son materias de ley”.

3. La legitimidad de origen y de ejercicio del poder del Estado, según los criterios de 1833, emanaba del hecho de ejercer el Estado la soberanía nacional en los términos definidos por el mundo occidental (# 1.1., 3), de modo que bien pudo el Código Civil, en 1855, definir a la ley como “una declaración de la voluntad soberana”, expresando así su naturaleza supraordenadora de los órganos del Estado, de la sociedad y de los ciudadanos en forma incontrarrestable o absoluta, posición que vista desde la óptica de su autor, el legislador, importaba reconocerle plenas atribuciones de determinación de las materias legislables, la extensión y profundidad de su regulación y la oportunidad de su dictación, modificación o derogación.

4. En este contexto, el Presidente de la República, autoridad llamada privativamente a gobernar y a administrar el Estado, como lo prescribía y prescribe el artículo 24 de la Constitución de 1980-2005, bien podía adoptar todas las medidas que demandara la satisfacción del orden público en el interior y la seguridad externa, en tanto y en cuanto esas determinaciones respetaran las “atribuciones propias de los otros Poderes Públicos”, no invadieran las atribuciones correspondientes a otras “autoridades”, tampoco limitaran “las garantías individuales ni -ofendieran- derechos fuera de los casos expresamente previstos en la misma Constitución o en las Leyes”, según las conocidas expresiones de don JORGE HUNEEUS (# 5.2), sin perjuicio de cuidar de la marcha del país dentro del orden jurídico legal, sometido al Principio de la Legalidad, correspondiéndole en tal carácter, como atribución especial suya, velar por la debida ejecución de las leyes.

5. Los antecedentes que ilustran la gestación y el desarrollo de la Constitución Política de 1980 confirman el propósito de quienes elaboraron su texto, de continuar con esta línea institucional. Así, por ejemplo, lo demuestra el ostensible deseo manifestado por la CENC de establecer “un Gobierno fuerte, impersonal y dotado de amplios poderes”, sin perjuicio “de la necesidad de una adecuada fiscalización y control de los actos del gobernante”, como lo consignó el Memorandum elevado al Gobierno por la CENC en 26 de noviembre de 1973, y el propósito explícito de terminar con las leyes agotadoramente detallistas y ostensiblemente desordenadas, cuando no misceláneas, elevando a la ley al nivel de “una norma de carácter general dirigida al bien común”, sin que esta cualidad suya pudiera significar, “en caso alguno, invadir el campo de la potestad reglamentaria del Presidente de la República”,

como consignan las Actas de esa CENC, en su sesión 11ª, de 30 de octubre de 1973.

Dado este posicionamiento en que se preveía al Gobernante Administrador, existió también en la CENC la marcada intención de restringir el ámbito del legislativo. Ello explica que el término de sus actividades estuviera persuadida que su anteproyecto, el actual artículo 63 tiene ese contenido, implicaba limitar “la actividad legislativa únicamente a las materias que por su importancia para el país y por su carácter general, deban resolverse con acuerdo del Congreso”, sin afectar las atribuciones del Presidente de la República, pues todo cuanto no estuviera comprendido explícitamente en el artículo 63 de la Carta Fundamental “caería dentro del campo de la potestad reglamentaria, la cual sale fortalecida”, como constató el profesor RAÚL BERTELSEN REPETTO en la sesión 355ª, de 20 de abril de 1978, de las celebradas por esa CENC, y lo confirmó la práctica política y jurídica del país en todos estos años, al aceptar unánimemente la vigencia de un Estado de Derecho y de una adecuada organización y funcionamiento de los Poderes del Estado en los términos que siempre había conocido el país.

6. En estas condiciones, es desconcertante para el analista jurídico encontrarse con afirmaciones posteriores que desautorizaron el camino antes recorrido en pro de tesis abiertamente opuestas a los hitos fijados por el constituyente.

Entre estas afirmaciones destaca, desde luego, lo actuado por el Tribunal Constitucional en 1992, que desde su alta investidura y en un franco espíritu de conciliar desde un plano mayor las dificultades hermenéuticas que la doctrina levantó dentro del texto del Código Político, no logró, sin embargo, superar el estrangulamiento gubernativo administrativo creado por la interpretación asignada a la reserva legal máxima contemplada en su artículo 63, al sostener, como lo hizo, que mediante esta reserva “el constituyente entrega al legislador y no al administrador la facultad de disponer cómo deben realizarse las actividades económicas y a qué reglas deben someterse” (fallo Rol N° 146, de 1992, # 5.5), operación interpretativa que claramente amputó del cuerpo constitucional el ejercicio de la potestad constitucional de ejecución de la ley concebida como atribución “especial” del Presidente de la República.

Su doctrina posterior, en orden a distinguir entre reservas absolutas y relativas, sin duda introdujo un elemento de flexibilización en la

tesis que había perfilado en este fallo, pero al caracterizar a la reserva legal como lo hizo en esta nueva oportunidad, mantuvo también aquella rigidez inicial, al asignar a esta cualidad de absoluta el efecto de ser el elemento condicionante de la existencia misma de la ley, de modo que de no reunir los caracteres que en su sentencia Rol N° 325, de 2001, denomina de determinación y especificidad, en verdad no hay ley.

“El desempeño de la función legislativa debe cumplirse en estos casos –recalcó el fallo Rol N° 370, de 2003– con un grado mayor de rigurosidad en la amplitud de la temática regulada, minuciosidad de la normativa que dicta, profundidad o grado de elaboración en los textos preceptivos que aprueba, pronunciamientos sobre conceptos, requisitos, procedimientos y control de las regulaciones acordadas y otras cualidades que obligan a reconocer que el ámbito de la potestad reglamentaria de ejecución, se halla más restringido o subordinado”. Si no se cumplen estos requisitos, “No puede la ley, por ende, reputarse tal en su forma y sustancia” (# 5.9).

7. Cualquiera sea la explicación jurídica a que se recurra para justificar dentro de los parámetros antes indicados la relación entre la ley y el reglamento, ella no logra superar el estrangulamiento institucional a que se ha sometido la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

Se quiera o no, estas conclusiones afectan las bases de una concepción institucional que habría permitido estabilizar jurídicamente un Estado administrativamente Gerencial; económicamente Regulador y políticamente Democrático y Social de Derecho, en tanto y en cuanto se hubiesen viabilizado los elementos que posibilitaban su realización, entre los cuales se encuentra la clave de bóveda de afianzar a la autoridad que fija y aplica las políticas públicas de país que modelan el desarrollo social, cultural y económico de la nación, y que en la Constitución 1980-2005 es el Presidente de la República.

Ello, sin hacer caudal del hecho de que tal tesis ampliativa del campo del Legislador y restrictiva de la esfera del Administrador esparce manchas de duda en numerosos sectores regulados por normas administrativas tramitadas y tomadas razón en su oportunidad por hallarse ajustadas a Derecho, y cuyos efectos bien podrían desconocerse ahora bajo el creado estigma de la inconstitucionalidad.

8. Desde otro ángulo de observación, es necesario recordar que el constitucionalismo francés y el alemán discurrían en direcciones

diferentes al modelo que se tiene en vista como único por la doctrina nacional.

El gran publicista GEORG JELLINEK lo puso tempranamente de manifiesto en su “Teoría general del Estado”, disintiendo de la tendencia asimiladora del pensamiento francés que caracterizó la obra administrativa de OTTO MAYER. “La situación de los monarcas alemanes -consigna JELLINEK en su obra- no se deja encerrar dentro de la antigua concepción francesa -de los tres poderes del Estado-, ya que ellos no representan nunca exclusivamente el poder ejecutivo y porque, además, dado el nexo íntimo de toda la vida del Estado, es imposible hacer una exposición de las funciones ateniéndose a los órganos correspondientes”³².

Para Francia, el esfuerzo por superar el estatus de la monarquía absoluta para establecer un gobierno constitucional derivó en el reconocimiento de la soberanía de origen como residente en la nación, desconociéndola en la persona del gobernante, y atribuyendo su ejercicio al Estado. Para Alemania, por el contrario, nacida de numerosos principados y constituida en Imperio en 1871, la soberanía se entenderá *ab initio* radicada en el Kaiser, en el emperador. Mientras para Francia, las asambleas legislativas representaban propiamente al soberano nación, por provenir de esa fuente, en Alemania las asambleas legislativas sólo ejercían soberanía por atribución, en las materias entregadas a su decisión por la Constitución otorgada por el soberano. Mientras para Francia las materias de ley eran aquellas que el constituyente estimaba esenciales para la nación, en Alemania sólo se consideraba Derecho cuanto concernía a la esfera subjetiva de los particulares, distinguiendo entre ley material y ley formal, y adscribiendo los asuntos del Estado a la esfera administrativa, no a la del Derecho. Esto explica, también, que mientras en Francia los servicios públicos y los cargos públicos se creaban por ley, en Alemania lo fueran por decreto.

No es únicamente, entonces, el hecho de que Alemania no haya compartido histórica ni sociológicamente la teoría de los tres poderes del Estado lo único que distanciaba a estas dos grandes naciones en el ámbito público; se trata, en verdad, de que Francia y Alemania, perteneciendo ambas a la Europa occidental, compartiendo los mismos

³² JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, Editorial Albatros, 1954, p. 460.

valores occidentales ante la persona y el poder público; entroncándose ambas en la familia romana justineana, con Derecho escrito y admisión del sistema de las *duae sunt positiones*, construyeron, sin embargo, dos profundas culturas propias que se expresaron de manera distinta en las concepciones jurídicas, en los modos de aplicación del Derecho y en las relaciones de vida entre las personas, imprimiéndole a todo el conjunto conformador de lo francés y de lo alemán una idiosincrasia que las hace ser tales, la una y la otra, en el concierto de naciones, y no sólo recursos técnicos legislativos, en la especie, que se concilien con el lenguaje jurídico chileno en su contenido sustancial.

9. En esos países, por lo demás, se logró una arquitectura política jurídica que ha demostrado su vitalidad cultural mostrándose hasta hoy, pese al tiempo transcurrido y a las nuevas ideas que ha incorporado, paradigmática en su tipo para países menos desarrollados, demostrando la armonía de sus líneas y la superación de todo germen de contradictoriedad en el diseño constitucional.

Porque el efecto que se hace derivar de la reserva legal de ascendencia francesa en la Constitución chilena, sitúa al Gobernante Administrador, al contrario de lo que sucedió en Francia, no sólo en una posición institucional incómoda, sino imposible de sostener ante la realidad nacional e internacional, y desde luego, en una situación de subordinación inmediata al Legislador, no soñada siquiera por los liberales manchesterianos del mil ochocientos en sus arranques del más extremo individualismo, pese a tratarse en el mundo de ayer y de hoy de una autoridad por esencia realizadora de los fines estatales, que en el mundo contemporáneo, más que antes, requiere ser reconocida y respetada en su cabal sentido de conductora de los negocios del país.

Con las nuevas interpretaciones, el Gobernante Administrador, llamado en el siglo XXI a la eficiencia y a la eficacia en el actuar de un contexto económico globalizado de fronteras abiertas y libre circulación de personas y bienes, se ve privado de todo poder propio de decisión, careciendo de voluntad independiente frente a su sometimiento al Congreso Nacional respecto a “cómo deben realizarse las actividades económicas y a qué reglas deben someterse”, en expresiones del Tribunal Constitucional, válidas para todas las materias llamadas de reserva absoluta.

En estas circunstancias, emerge clara la respuesta al porqué el Gobierno enfatiza sus políticas públicas, centrando su actividad más

en el estudio, aprobación y ejecución de políticas públicas, internas y externas; sociales, culturales y económicas, rehuyendo el ámbito propiamente jurídico.

La Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado dictada el año 1986, estimuló esta forma de proceder al asignar a los Ministros la conducción de sus respectivos Ministerios, “en conformidad con las políticas e instrucciones que aquél imparta”, reconociéndoles a la vez la facultad de “proponer y evaluar las políticas y planes correspondientes” a su sector (artículo 22, inciso 2°); y a los Subsecretarios, consecuentemente, “la coordinación de la acción de los órganos y servicios públicos del sector” (artículo 24), reservando a los servicios públicos el rol de ejecutores, no de la ley, sino de “las políticas, planes y programas” ministeriales aprobados en conformidad a sus preceptos (artículo 28).

La Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional y la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, fundadas en los artículos 113, inciso 2°, y 118, inciso 4°, contienen normas análogas a éstas, al regular las formas de actuación de estos órganos administrativos personificados en sus territorios jurisdiccionales.

Por lo demás, ha de recordarse que jamás se ha desconocido la aptitud del Presidente de la República para fijar estas políticas públicas. Desde luego, la Constitución ha sujetado desde 1833 a las autoridades regionales a las leyes, pero también, por ser sus representantes naturales e inmediatos, “a las órdenes e instrucciones del Presidente”, como lo señala el actual artículo 111 de la Carta Política, y el Tribunal Constitucional, en su fallo Rol N° 78, de 1989, así también lo ha corroborado al afirmar que en su carácter de Administrador, son “atribuciones tuyas, entre otras, la de fijar la política tributaria, arancelaria, presupuestaria, de fijación de precios, de remuneraciones, de creación de servicios públicos, de recaudación de las rentas públicas y de su inversión conforme a la ley, de seguridad social y negociación colectiva; la política minera, agropecuaria, forestal, pesquera, etc.” (Rol N° 78, de 20 de septiembre de 1989, considerando 16°).

En su sentencia Rol N° 591, de 2006, esta Alta Magistratura confirmó expresamente esta tesis en su considerando decimotercero, al manifestar que “le corresponde al Presidente de la República la determinación de las políticas nacionales”.

Con todo, no existe una regulación constitucional que determine cómo deben aprobarse las políticas y los planes gubernativos administrativos, aunque no puede ponerse en duda dentro de la dinámica constitucional que ha de hacerse mediante acto administrativo formal sujeto a la tramitación prescrita por la Constitución y la ley, puesto que en el campo del Derecho Público el Jefe de Estado, si de él se tratara, declara su voluntad oficial por medio de reglamentos, decretos e instrucciones, como lo preceptúa el artículo 32 numeral 6° de la Constitución.

10. Pero, más allá de su disponibilidad, son muchos los inconvenientes que acarrea esta forma cameralística de dirigir el país.

Algunas debilidades de gestión, como fondos públicos consultados, aprobados y no invertidos, y ciertos focos calificados por los medios políticos y de comunicación como núcleos de corrupción, por ejemplo, encuentran su explicación en la insuficiencia jurídica demostrada por el actuar del Gobierno y se nutre de esta disociación engañosa entre lo que debe ser un Gobierno sometido al Derecho y una necesidad práctica de impulsar el país, satisfecha a través de la flexibilidad de las directivas internas y de las políticas públicas nacionales, regionales y comunales, que por no crear, modificar ni extinguir derecho objetivo ni subjetivo, son de rápida implementación, posterior regularización caso a caso y escaso margen de control ³³.

En todo caso, y aun reconociendo la necesidad de desregular y desformalizar el Derecho chileno vigente, parece evidente que falta afrontar constructivamente estos temas. En un Estado de Derecho sólo se puede actuar dentro del contexto jurídico y la actividad ordenada conforme a directrices de política gubernamental o a consideraciones programáticas de orden sociológico o económico, sin considerar la solidez que les da el Derecho, indefectiblemente ha de polucionar el ejercicio de la autoridad y producir factores de responsabilidad pública,

³³ El mismo Tribunal Constitucional se ha estimado incompetente para conocer de impugnaciones que se refieran a la conveniencia u oportunidad de una medida. “Como reiteradamente se ha declarado por esta sede, dichos juicios de mérito, oportunidad o conveniencia, se encuentran radicados en los órganos de los cuales emana la respectiva regulación. No es en consecuencia procedente un requerimiento enderezado a que este Tribunal se aboque a analizar y decidir más allá de su esfera de atribuciones, que en esta materia importa sólo un examen jurídico de constitucionalidad del impugnado decreto”, ha reiterado en el considerando 38 de su sentencia Rol N° 325, 26 de junio de 2001, considerando 38°.

los que por configurar las columnas de sustentación del sistema republicano son ineludibles dentro del sistema en vigor, agudizados por la creciente judicialización de los temas de políticas públicas en materia de obras públicas, vivienda, salud pública y educación que muestra la realidad, y cuyas últimas manifestaciones se han concretado en la impugnación de un decreto supremo autorizatorio de la distribución de la llamada “píldora del día después”, medida consultada en las políticas de control de la natalidad del Gobierno, en las demandas por publicidad engañosa anunciada contra el Estado por egresados de la enseñanza media que no obtuvieron ayuda estatal para proseguir sus estudios superiores, pese a encontrarse consultada en la política de estímulo para el sector en el año 2006, en las reacciones negativas que ha suscitado desde el 12 de febrero de 2007 la puesta en marcha del proyecto Transantiago.

En el escenario de estas vicisitudes, la senadora EVELYN MATTHEI ha encendido una alarmante luz roja en el escenario institucional. Frente a la libertad reconocida al Gobierno en el diseño e implementación de políticas públicas, la senadora MATHHEI ha advertido categóricamente que es “hora de revisar las atribuciones del Ministerio de Transportes, quitarle atribuciones y hacer que algunas cosas que hoy día se hacen por decreto, sean materia de ley”, motivada por los airados reclamos de la población por las deficiencias iniciales que presentó la activación de ese Proyecto Transantiago, cuyo objetivo es transformar completamente el transporte público de la Región Metropolitana y que inició su funcionamiento con serios problemas de operación³⁴.

Demás está decir que de prosperar esta iniciativa se ampliaría el ámbito de la reserva legal máxima, con las consecuencias ya advertidas con anterioridad.

11. El análisis de la relación entre la ley y el reglamento no se resuelve, pues, sólo en un examen dialéctico de la interacción entre dos importantes tipos de textos jurídicos, como son los que ellos representan. Se quiera o no, se proyecta en forma gravitante hacia los roles y funciones que desempeñan y ejercen en la institucionalidad constitucional el Legislador y el Gobernante Administrador.

³⁴ Véase: Diario El Mercurio de Santiago, lunes 19 de febrero de 2007, pág. C 7.

En esta proyección, las atribuciones radicadas en uno y otro órgano estatal han demostrado contener en su interior virulentos gérmenes de disociación que buscan expandirse en el caldo de cultivo que crean los tiempos doctrinales y políticos partidistas, y cuya demostración más cercana la constituye el hecho de haber sido capaces de llevar el péndulo del poder desde el extremo Presidente de la República hacia el recinto del Congreso Nacional, en interpretaciones que todavía no logran estabilizar un modelo político de país, un código de valores que asuma e interprete la tradición de la nación presidencial chilena y permita afrontar con éxito los requerimientos del mundo contemporáneo.

Los artículos 1° inciso 4° del Código Fundamental y 3° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, vivenciando un mandato finalista y desformalizador, en tanto, siguen requiriendo de la Administración Pública una acción vigorosa al servicio de la persona humana y del bien común, a prestar un eficiente servicio público y a impulsar el desarrollo sustentable del país, y de las regiones de la República, en la definición de función administrativa acuñada por el constituyente de 1991 y el legislador orgánico constitucional de 1999, en la precaria plataforma que en este momento le ofrece el pensamiento chileno en su amplificación del papel del Legislador³⁵, cuyos efectos erosionan la posibilidad de actuación de un Estado administrativamente Gerencial, económicamente Regulador y solícitamente Democrático y Social de Derecho, dentro de la Constitución Política de 1980-2005.

³⁵ En efecto, al discutirse la ley de reforma constitucional N° 19.097, de 1991, las Comisiones Unidas del Senado y de la Cámara de Diputados coincidieron en definir a la función administrativa como un “conjunto de atribuciones que se orientan más bien a la consecución de los objetivos de poder público en materia de desarrollo y funcionamiento de los servicios públicos” (véase: Diario de Sesiones del Senado, sesión 23ª, 6 de agosto de 1991, Discusión particular, artículo 7°. Cámara de Diputados, sesión 37ª, 9 de septiembre de 1991, Discusión y votación particular del proyecto, artículo 7°). La ley N° 19.653, por su parte, que me correspondió redactar y tramitar en el Congreso Nacional en calidad de asesor externo de la Presidencia de la República, incorporó a la LOCBGAE su actual artículo 3°, que incluyó esa definición sustancial de Administración Pública al ordenamiento chileno (véase esta ley en www.bcn.cl).

ORDENAMIENTO TERRITORIAL Y LA DIMENSIÓN AMBIENTAL DE LOS INSTRUMENTOS DE PLANIFICACIÓN EN CHILE

María Isabel Mallea Álvarez¹

RESUMEN: *El contenido del presente artículo trata la ordenación del territorio, sus objetivos fundamentales, las definiciones que se han postulado y la forma en que ha sido abordada por los países europeos, haciendo especial énfasis en el caso de Alemania, dados los vínculos de cooperación técnica que mantiene con Chile. Luego se analiza la situación chilena, haciendo presente que más que una ordenación del territorio lo que existe es una planificación territorial de índole urbana y jerarquizada, en la que participan diversos organismos públicos, planificación que presenta una dimensión ambiental, toda vez que el legislador consideró a los instrumentos de planificación territorial dentro del listado de proyectos susceptibles de causar un impacto ambiental.*

DESCRIPTORES: *Evaluación de impacto ambiental - Instrumentos de planificación territorial - Marco regulatorio del suelo - Ordenamiento*

¹ MARÍA ISABEL MALLEA ALVAREZ. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Profesora de Legislación Medioambiental, Universidad de Valparaíso. Abogado de la Unidad de Medio Ambiente del Consejo de Defensa del Estado, Agustinas N° 1687, Santiago de Chile, mariaisabel.mallea@cde.cl.

territorial - Planificación territorial - Planificación urbana - Suelos agrícolas o rurales - Suelos urbanos.

SUMARIO DE CONTENIDOS: 1.- *Introducción.* 2.- *Definiciones.* 3.- *Experiencia internacional.* 3.1.- *Concepción de la ordenación del territorio.* 3.2.- *Caso de Alemania.* 4.- *Situación en Chile.* 4.1.- *Antecedentes.* 4.2.- *Marco regulatorio del suelo.* 4.2.1.- *Distinción entre “suelos urbanos” y “suelos agrícolas” o “rurales”.* 4.2.2.- *La planificación territorial.* 4.2.2.1.- *Planificación Urbana Nacional.* 4.2.2.2.- *Planificación Urbana Regional.* 4.2.2.3.- *Planificación Urbana Intercomunal.* 4.2.2.4.- *Planificación Urbana Comunal.* 4.3.- *La dimensión ambiental de los instrumentos de planificación territorial.* 4.3.1.- *Antecedentes previos.* 4.3.2.- *Evaluación de impacto ambiental de los IPT.* 4.3.2.1.- *Fase de elaboración del Plan.* 4.3.2.2.- *Evaluación ambiental del plan.* *Fortalezas y debilidades.* 5.- *Conclusiones.*

ABSTRACT: *The article deals with land management, its main targets, the definitions which have been proposed and the form in which it has been considered by European countries. The article looks specifically to the case of Germany, which cooperates closely with Chile on a technical level. The author then analyses the case of Chile, where rather than land management, what exists is a type of hierarchical urban planning in which various public bodies participate. Their planning has an environmental aspect in that projects must be subjected to an environmental evaluation process.*

KEY WORDS: *Agricultural land - Evaluation of environmental impact - Land management - Land management instruments - Urban land - Urban Planning*

SUMMARY OF CONTENTS: 1 - *Introduction.* 2.- *Definitions.* 3. - *International experience.* 3.1.- *Emergence of the concept of land management.* 3.2.- *The case of Germany.* 4.- *The situation in Chile.* 4.1. - *Background.* 4.2. - *Regulatory framework.* 4.2.1.- *Distinction between “urban” and “agricultural” or “rural” zones.* 4.2.2.- *The land management.* 4.2.2.1. - *National Urban Planning.* 4.2.2.2. - *Regional Urban Planning.* 4.2.2.3.- *Urban Intercomunal Planning.* 4.2.2.4.- *Communal Urban Planning.* 4.3.- *The environmental dimension of the instruments of land management.* 4.3.1.- *Previous elements.* 4.3.2.- *Evaluation of the environmental impact of the IPT.* 4.3.2.1.- *The elaboration phase*

of land management. 4.3.2.2.- Environmental Evaluation of planning: Strengths and weaknesses. 5.- Conclusions.

1.- INTRODUCCIÓN

La ordenación del territorio es una de las típicas políticas públicas del Estado de bienestar (welfare state) que nace en la mayoría de los países industrializados europeos después de la Segunda Guerra Mundial. En algunos casos (Alemania, Holanda y Suiza) sus raíces se remontan incluso a fechas anteriores, sobre todo lo que respecta a la planificación territorial de nivel subregional que se separa del planeamiento urbanístico municipal, extendiendo el ámbito de la planificación territorial a unidades territoriales mayores (comarcas u otros ámbitos supramunicipales). Como otras políticas públicas, la ordenación del territorio persigue como gran objetivo general la mejora de las condiciones de bienestar y calidad de vida de los ciudadanos.

Según la Carta Europea de Ordenación del Territorio de 1983, los objetivos fundamentales que deben ser perseguidos por la política de ordenación del territorio, son los siguientes: a) El desarrollo socioeconómico equilibrado de las regiones; b) La mejora de la calidad de vida; c) La gestión responsable de los recursos naturales y la protección del medio ambiente; y d) La utilización racional del territorio.

Estos objetivos fundamentales suelen figurar también en la mayoría de las leyes de ordenación del territorio nacionales y regionales, así como en los planes territoriales de ámbito regional y subregional. Estas leyes y planes añaden con frecuencia otros objetivos, menos genéricos y más concretos, por ejemplo:

- Identificar, diagnosticar y evaluar las potencialidades de desarrollo que son inherentes a cada área del territorio.
- Potenciar y mejorar el sistema urbano.
- Establecer la localización de las infraestructuras, equipamientos y servicios de ámbito o carácter supramunicipal.
- Distribuir de manera equilibrada en el territorio las actividades y los usos del suelo.
- Mejorar la localización de las instalaciones productivas.
- Prevenir los riesgos catastróficos de origen natural o antrópico.
- Proteger la naturaleza y el patrimonio histórico y cultural.

La presencia de cada uno de estos objetivos y su peso relativo en la política de ordenación del territorio varía entre los diferentes países en función de diversos factores. Por ejemplo, dos de ellos son la concepción de ordenación del territorio dominante en el respectivo país, o el nivel de desarrollo socioeconómico alcanzado por las regiones².

En la Conferencia de Estocolmo de 1972 se afirmó que: “La planificación racional constituye un instrumento indispensable para conciliar las diferencias que puedan surgir entre las exigencias del desarrollo y la necesidad de proteger y mejorar el medio”.

La Comisión Brundtland sobre Desarrollo Sostenible señaló que, “La planificación y el ordenamiento territorial pueden aportar de manera significativa a la operacionalización del desarrollo sostenible”.

2.- DEFINICIONES

Las diferentes definiciones que se han dado para el Ordenamiento Territorial, en adelante OT, no consiguen aclarar totalmente los contenidos reales del proceso, ni los problemas que intenta solucionar ni tampoco los instrumentos que utiliza para alcanzar sus metas. El OT sigue siendo básicamente el resultado de acciones humanas con el propósito de adaptar o adecuar el territorio, buscando con ello la resolución de sus múltiples necesidades.

No existe por ende una definición universal de OT y su comprensión está ligada a tradiciones, contexto jurídico e institucional, objetivos o alcances que se quieren perseguir.

A modo de ejemplo, Sáenz de Buruaga (1969) lo define como “el estudio interdisciplinario y prospectivo de la transformación óptima del espacio regional, y de la distribución de esta transformación y de la población total entre núcleos urbanos con funciones y jerarquías diferentes, con vistas a su integración en áreas supranacionales³.”

² HILDEBRAND SCHEID, Andreas, Política de Ordenación del Territorio en Europa (1996), Universidad de Sevilla y Consejería de Obras Públicas y Transportes, Sevilla, Colección Kora, pp. 29-30.

³ SAA VIDAL, René; HERMOSILLA, Vladimir; ROVIRA, Adriano. Marco legal del ordenamiento territorial, Universidad de Chile, Instituto de Asuntos Públicos, Proyecto Bases para un Ordenamiento Territorial Ambientalmente Sustentable para la Región Metropolitana de Santiago, Gobierno Regional Metropolitano de Santiago (2003), p. 5.

La Carta Europea de Ordenación del Territorio de 1983, fue el primer texto internacional en el que se definió el concepto de ordenación del territorio, como: “La expresión espacial de las políticas económicas, sociales, culturales y ecológicas de la sociedad. Es a la vez una disciplina científica, una técnica administrativa y una política concebida como un enfoque interdisciplinario y global, cuyo objetivo es un desarrollo equilibrado de las regiones y la organización física del espacio según un concepto rector”.

El profesor Ramón Martín Mateo señala respecto de la *Ordenación*, que “es en realidad una síntesis de las demás funciones, en cuanto que la planificación espacial pretende instaurar un proceso socializado y global de toma de decisiones sobre el territorio en vez de dejar que éstas se adopten aisladamente por los particulares”⁴.

3.- EXPERIENCIA INTERNACIONAL

3.1.- CONCEPCIÓN DE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

Existen diversos criterios para un análisis comparativo de la experiencia en la ordenación del territorio en los países europeos. A modo ilustrativo se puede mencionar el criterio a partir de la concepción de la ordenación del territorio, y así tenemos, por un lado la planificación física y, por otro, la ordenación del territorio en el sentido de una planificación territorial vinculada estrechamente a la planificación económica y social y los objetivos de la política de desarrollo económico regional.

Dentro de la primera concepción, Alemania, Suiza, Italia, Portugal, España y Holanda, practican la planificación física, en las que las típicas cuestiones del desarrollo económico regional (incentivos regionales, apoyo a las PYMES, etc.), no están ausentes en los planes territoriales (se indican, por ejemplo, los diferentes tipos de zonas de promoción económica o ayuda infraestructural), pero primordialmente suelen ser objeto de otra política, la política regional.

⁴ MARTÍN MATEO, Ramón, Tratado de Derecho Ambiental, Vol. 1, Madrid, Edit. Trivium, 1991, p. 281.

El caso modélico para la segunda concepción lo representa Francia, en donde esta política está estrechamente relacionada con la planificación económica y social (Plan Nacional, Planes de las regiones) que, a menudo contiene criterios territoriales. Hasta la aprobación de la Ley N° 115 en 1995, la legislación francesa no previó la existencia de planes o esquemas territoriales de nivel regional. Sólo a nivel subregional, existían como figura de planificación territorial, los Esquemas Directores⁵.

3.2.- CASO DE ALEMANIA

Para el caso de Alemania, Estado Federal compuesto -desde la unificación de Alemania Occidental y Oriental- por 16 Estados miembros, los Länder, el ordenamiento territorial, según la constitución, compete a estos últimos, en tanto en lo que respecta a la planificación territorial, los municipios son responsables de la Planificación de los Usos del Suelo, de la Urbanización y de la Construcción a nivel municipal⁶.

La Ley Federal de Ordenamiento Territorial fue dictada en 1965 y reformada en 1997, la cual fija medidas básicas para los instrumentos de planificación territorial en los Länder, especialmente para los Planes de Ordenamiento Territorial, así como también para el procedimiento de evaluación del impacto territorial.

El Ordenamiento Territorial se vale de instrumentos, como los Planes y Programas, a nivel del Land y subregional, y el procedimiento de evaluación del impacto territorial. Los programas son elaborados por los distritos comunales, y en ellos se contienen: a) Estipulaciones acerca de la estructura deseada de asentamientos; b) Áreas de preferencia absoluta para extracción de materias primas, naturaleza y paisaje, extracción de agua potable; c) Sitios de preferencia absoluta para centrales de energía, puertos, aeropuertos, depósitos de desechos; d) Estipulaciones de líneas para la infraestructura del transporte, como autopistas, carreteras principales, ferrocarriles, ríos y canales navegables.

⁵ HILDEBRAND SCHEID, Andreas, *Política de Ordenación del Territorio en Europa*, Sevilla, Universidad de Sevilla y Consejería de Obras Públicas y Transportes, Colección KORA, 1996. p. 42.

⁶ FRIEDHELM, Budde, Ponencia Ordenamiento Territorial en Alemania: entre un sistema clásico y nuevos métodos de desarrollo, Santiago de Chile, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Gobierno Metropolitano de Santiago - Cooperación Técnica Alemana (GTZ), 2000, p. 39.

El procedimiento de evaluación del impacto territorial se aplica para dirigir desde un punto de vista de Ordenamiento Territorial, aquellos proyectos que aún no eran conocidos cuando se elaboró el plan, y también para seguir concretando los proyectos existentes en éste. En este procedimiento se consideran atentamente los pro y los contra de un determinado proyecto, compatibilizando los diversos intereses de los sectores, de los municipios afectados y demás autoridades, lo que da como resultado un proyecto que ha sido armonizado con todo el resto de las planificaciones sectoriales, de modo que no pueda ser puesto en duda por procedimientos posteriores.

Un Plan de Ordenamiento Territorial o el resultado de un procedimiento de Ordenamiento Territorial son obligatorios sólo para la administración pública, para otras autoridades de planificación y para los municipios, y conforme a la Ley Federal de Planificación del Territorio, los planes de usos del suelo de las ciudades deben adaptarse a los objetivos del Ordenamiento del Territorio. Además, figuran en muchas leyes sectoriales cláusulas de Ordenamiento Territorial, según las cuales, las actuaciones desarrolladas tienen que tener en cuenta los principios y objetivos del Ordenamiento Territorial.

Los particulares, en tanto, tienen su espacio de participación a nivel de planificación local, debiendo ser informados cuando se inicia un proceso de planificación, y serles presentados los modelos del plan, a objeto de que tengan la oportunidad de expresar su opinión.

4.- SITUACIÓN EN CHILE

4.1.- ANTECEDENTES

En Chile, cuyo carácter es de un Estado unitario, no existen normas específicamente destinadas a regular el ordenamiento del territorio, aunque dicha función esté entregada a un determinado organismo a nivel regional, el “Gobierno Regional”. En efecto, la Ley N° 19.175 Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional⁷ establece que la administración superior de cada región del país, estará radicada en un “Gobierno Regional”, que tendrá por objeto el desarrollo social, cultural y económico de ella. Entre las funciones que le

⁷ Publicada en el Diario Oficial de 20 de marzo de 1993.

competen se encuentran las que dicen relación con el ordenamiento territorial, entre ellas, establecer políticas y objetivos para el desarrollo integral y armónico del sistema de asentamientos humanos de la región, y fomentar y velar por la protección, conservación y mejoramiento del medio ambiente.

Lo anterior constituye una mera mención que carece de contenido real, restringiéndose la regulación del territorio a una mera “planificación urbana”, aunque con la aplicación de diversos cuerpos normativos y del sistema de evaluación de impacto ambiental, se ha propendido a que la planificación se oriente a cumplir con otros propósitos diversos. Además, no existe un único ente responsable de esta planificación, sino que son múltiples los actores que intervienen en la aprobación de los planes, lo que complejiza, pero a su vez enriquece la discusión.

En este contexto, el Gobierno Regional participa efectuando observaciones al proyecto de plan, siempre que la instancia responsable, sea el Ministerio de Vivienda y Urbanismo a través de sus Secretarías Regionales Ministeriales, o los municipios respectivos, consideren relevante su opinión, dado que ello no está contemplado en la normativa nacional. En cambio, su participación es obligatoria en forma posterior, luego que el plan ha sido elaborado y sometido al sistema de evaluación de impacto ambiental, por expresa disposición del artículo 20 en relación al artículo 36 de la Ley 19.175, que disponen que entre las atribuciones del Gobierno Regional está la aprobación de los planes regionales de desarrollo urbano, los planes reguladores metropolitanos e intercomunales propuestos por la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo, y los planes reguladores comunales y seccionales de comunas que no formen parte de un plan regulador metropolitano o intercomunal.

Se ha señalado que la planificación del uso del espacio deriva, entre otras, de cuatro circunstancias evidentes. La primera es el hecho de la escasez de suelo urbano, que se agudiza, por una parte, por el constante crecimiento demográfico de las ciudades, y por otra, la apatencia de más y mejores servicios que acrecientan la demanda de suelo urbano. La segunda arranca de la índole social de la ciudad, como bien colectivo de sus habitantes y como herencia cultural que ellos dejan. De ese bien no puede disponerse sin el consentimiento del resto de la comunidad. El plan viene a reflejar ese consentimiento acerca del modo de conservar, expandir y orientar el desarrollo urbano. El tercer

factor dice relación con el rendimiento: el suelo urbano es un recurso escaso; sólo mediante la planificación es posible analizar las distintas alternativas de uso, y de su intensidad, y optimizar el rendimiento del suelo como recurso colectivo. El cuarto motivo que obliga a planificar es el crecimiento de la ciudad, por la limitada capacidad y distribución de la infraestructura urbana y de los llamados sistemas generales (red vial, comunicaciones), cuya demanda no puede sobrecargarse ni desequilibrarse sin ocasionar un deterioro general.

El principio técnico de la planificación del uso del suelo, en consecuencia, puede formularse diciendo que el desarrollo de la ciudad no debe ser una suma de actos espontáneos e imprevistos, sino la progresiva materialización de un proyecto colectivo -es decir, ideado con la participación de la comunidad- cuyas determinaciones están contenidas, con mayor o menor detalle, en las diversas categorías de instrumentos de la planificación urbana⁸.

Por otra parte, corresponde al Estado asegurar la calidad de vida de las personas, al permitir una más adecuada distribución de los usos del espacio. Conforme a la Constitución Política, el Estado está al servicio de la persona humana, garantizando el ejercicio y convivencia de los derechos fundamentales. Es así como en el Capítulo I denominado “Bases de la institucionalidad”, su artículo 1° inciso 4° señala que “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los individuos de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto de los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

Asimismo, su artículo 5° inciso 2° expresa que “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

En el estatuto jurídico de Chile, la “propiedad” está consagrada como una garantía, un derecho esencial de todas las personas en el

⁸ FIGUEROA VELASCO, Patricio; FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo, Urbanismo y Construcción, Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2006, p. 80.

artículo 19 N°24 de la Constitución, que asegura el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales. No obstante su inciso 2° consagra como límite a dicho derecho, su función social, la cual comprende “*cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental*”. La función social permite conciliar el ejercicio del Derecho de Propiedad para su dueño de un lado, con las necesidades del mantenimiento y el desarrollo de la comunidad de otro.

Por consiguiente, se trata de una función que mira fundamentalmente a la obligación del titular del derecho a ejercerlo en armonía con los intereses colectivos. La función social es, entonces, aquel elemento que forma parte de la propiedad, y que impone al titular de ella desplegar sus facultades y atributos en beneficio propio y colectivo, atendiendo a la naturaleza del bien sobre el que recae y aplicando a ese ejercicio un criterio de racionalidad, de tal suerte que si ello no ocurre, el órgano legislativo pueda intervenir esa actividad a través del establecimiento de limitaciones y obligaciones⁹.

4.2.- MARCO REGULATORIO DEL SUELO

4.2.1.- *DISTINCIÓN ENTRE “SUELOS URBANOS” Y “SUELOS AGRÍCOLAS” O “RURALES”*

La normativa chilena efectúa una distinción fundamental entre “suelos urbanos” y “suelos agrícolas” o “rurales”, al denominar la Ley General de Urbanismo y Construcciones, en adelante, L.G.U.C., en su artículo 52¹⁰, como límite urbano, “la línea imaginaria que delimita las áreas urbanas y de extensión urbana que conforman los centros poblados, diferenciándolos del resto del área comunal”.

El “suelo urbano” incluye tanto la superficie territorial que ya se encuentra urbanizada (área urbana), como la que -conforme al Plan Regulador- es potencialmente urbanizable (áreas de extensión urbana). Esta distinción entre “suelo urbano” y “suelo agrícola” es de gran importancia, ya que si el predio corresponde a “suelo urbano”,

⁹ GUZMÁN ROSEN, Rodrigo, *La Regulación Constitucional del Ambiente en Chile*, Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2005, págs 129, 131 y 132.

¹⁰ D.F.L N°458, publicado en el Diario Oficial de 13 de abril de 1976.

será susceptible de actos urbanísticos y de construcción conforme a las normas que al respecto dispone la Ley General de Urbanismo y su Ordenanza¹¹. Por el contrario, si el terreno de que se trata está calificado de “suelo agrícola” o “rural”, el artículo 55 de la ley establece: *“Fuera de los límites urbanos establecidos en los Planes Reguladores no será permitido abrir calles, subdividir para formar poblaciones, ni levantar construcciones, salvo aquellas que fueren necesarias para la explotación agrícola del inmueble, o para las viviendas del propietario del mismo y sus trabajadores o para la construcción de conjuntos habitacionales de viviendas sociales o de viviendas de hasta un valor de U.F. 1000, que cuenten con los requisitos para obtener el subsidio del Estado”*. El inciso 2° agrega: *“Corresponderá a la Secretaría Regional de Vivienda y Urbanismo respectiva cautelar que las subdivisiones y construcciones en terrenos rurales, con fines ajenos a la agricultura, no originen nuevos núcleos urbanos al margen de la planificación urbana-regional”*.

La circunstancia que la normativa impida, en términos generales, dar uso urbano (urbanización y/o construcción) a los suelos agrícolas, está determinada no sólo por la legislación urbana, sino también por la normativa agrícola. Así, el Decreto Ley N° 3.516 de 1980¹², regula el sistema de subdivisión de predios agrícolas, estableciendo en su artículo 1° que: “Podrán ser divididos libremente por sus propietarios siempre que los lotes resultantes tengan una superficie no inferior a 0,5 hectáreas físicas”, y siempre que tales predios estén ubicados fuera de los límites urbanos o fuera de los límites de los planes reguladores intercomunales de Santiago, Valparaíso y Concepción. Este artículo en sus incisos 4° y 5° dispone: “Los predios resultantes de una subdivisión quedarán sujetos a la prohibición de cambiar su destino en los términos que establecen los artículos 55 y 56 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones. En las escrituras públicas en que conste el título de la enajenación de predios resultantes de una división se dejará constancia de la prohibición establecida en el inciso anterior”.

¹¹ Decreto Supremo N°47, Ministerio de Vivienda y Urbanismo, publicado en el Diario Oficial de 19 de mayo de 1992.

¹² Establece normas de subdivisión de predios rústicos, publicado en el Diario Oficial de 1° de diciembre de 1980.

4.2.2.- LA PLANIFICACIÓN TERRITORIAL

La L.G.U.C. en su Título II trata “De la Planificación Urbana”, entendiéndose por tal “*el proceso que se efectúa para orientar y regular el desarrollo de los centros urbanos en función de una política nacional, regional y comunal de desarrollo socioeconómico. Los objetivos y metas que dicha política nacional establezca para el desarrollo urbano serán incorporados en la planificación urbana en todos sus niveles*” (artículo 27). La Ley define cuatro niveles de planificación: nacional, regional, intercomunal y comunal, sin perjuicio que también existen los denominados “planes seccionales”.

La L.G.U.C. contiene los principios, atribuciones, potestades, facultades, responsabilidades, derechos, sanciones y normas que rigen a los organismos, profesionales, funcionarios y particulares, en las acciones relacionadas con la planificación urbana, la urbanización y la construcción. En tanto, su Ordenanza, en adelante, O.G.U.C., contiene las disposiciones reglamentarias y regula los procedimientos de carácter administrativo en el proceso de planificación urbana, de urbanización y construcción, así como todo lo relativo a los estándares técnicos de diseño y construcción.

4.2.2.1.- Planificación Urbana Nacional

El Ministerio de Vivienda y Urbanismo es el órgano del Estado encargado de ejecutar las instrucciones de la L.G.U.C. y de supervisar la aplicación de sus normas. Esta responsabilidad la ejerce a través de la División de Desarrollo Urbano, a la cual le compete la planificación del desarrollo urbano a escala nacional, para lo cual se apoya tanto en la L.G.U.C., como en su Ordenanza y normas técnicas, y la Política Nacional de Desarrollo Urbano, División que imparte instrucciones por medio de circulares de alcance general (Circulares DDU).

A este Ministerio le corresponde asimismo, a través de la Ordenanza General, establecer normas específicas para los estudios, revisión, aprobación y modificaciones de los instrumentos legales a través de los cuales se aplique la planificación del territorio urbano en los niveles señalados. Un aspecto muy importante a considerar, es que estos instrumentos, debidamente sancionados por la autoridad que corresponda en cada caso, tienen fuerza legal en su aplicación, incluso para las reparticiones de carácter público.

La División de Desarrollo Urbano creó recientemente la Unidad Observatorio Urbano, con el objeto de generar y facilitar el acceso público a la información sobre el desarrollo urbano, y dentro de ello, a los distintos instrumentos de planificación territorial¹³.

4.2.2.2.- *Planificación Urbana Regional*

Orienta el desarrollo de los centros urbanos de las regiones a través de un Plan Regional de Desarrollo Urbano (PRDU), de responsabilidad de las Secretarías Regionales del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que son entidades territorialmente desconcentradas del Ministerio.

Una primera etapa en la confección del PRDU consiste en el diagnóstico de todo el territorio regional, de forma de identificar las áreas aptas para el establecimiento de asentamientos urbanos, además de las áreas con mejores condiciones para absorber el crecimiento futuro de las localidades urbanas y las áreas que tienen potencialidad para la localización de las actividades económicas. En esta identificación se deben considerar las áreas que presentan riesgos naturales a causa de fallas geológicas, excesiva pendiente, propensión a la ocurrencia de rodados, zonas de actividad volcánica, zonas con riesgos de maremotos, áreas propensas a inundaciones, entre otras, las que quedan excluidas al desarrollo urbano.

Del mismo modo, en el diagnóstico se establecen las áreas donde en común acuerdo con los organismos pertinentes, se debe restringir la urbanización y los asentamientos humanos, por tratarse de áreas de preservación ecológica y protección del medio ambiente, como por ejemplo, los parques nacionales y reservas forestales¹⁴. Además de la determinación de las condiciones que deberán regir el desarrollo de los centros poblados de la región, el PRDU se debe preocupar también de los caminos y las vías que vinculan a los centros urbanos, en el sentido de asegurar a cada localidad buen acceso a los servicios que

¹³ Al efecto puede consultarse el sitio web www.observatoriourbano.cl, donde se contiene una mapoteca digital confeccionada por la DDU, que contiene los planes reguladores y diversos indicadores urbanos.

¹⁴ SAA VIDAL, René; HERMOSILLA, Vladimir; ROVIRA, Adriano. *Marco legal del ordenamiento territorial*, Santiago, Universidad de Chile, Instituto de Asuntos Públicos, Proyecto Bases para un Ordenamiento Territorial Ambientalmente Sustentable para la Región Metropolitana de Santiago, Gobierno Regional Metropolitano de Santiago, 2003, p. 35.

se encuentran en ciudades mayores y la circulación de vehículos de carga o de transporte de pasajeros.

Los elementos que lo componen son la Memoria Explicativa (aspectos conceptuales y técnicos, tales como objetivos, fundamentos y metodología empleada; diagnóstico; estudios), los lineamientos que son de carácter estratégico, y los planos.

El PRDU, una vez formulado, debe ser sometido al sistema de evaluación de impacto ambiental, y calificado favorablemente, debe ser aprobado por el Gobierno Regional y promulgado por resolución del Intendente respectivo, la que se publica en el Diario Oficial, debiendo contener el texto íntegro de los lineamientos del plan. Previo a su publicación, está afecto al trámite de toma de razón, es decir, al control de legalidad por parte de la Contraloría General de la República, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 10.336¹⁵.

Las disposiciones del PRDU deberán incorporarse en los Planes Reguladores Metropolitanos, Intercomunales y Comunales. No obstante ello, sus disposiciones son en realidad de carácter “indicativo”, y a pesar de los beneficios de contar con un diagnóstico de la región, para así orientar el desarrollo económico y social y la protección de los recursos naturales, son escasos los PRDU que se encuentran vigentes en el país. Según datos de la OCDE, cinco de los 13 PRDU están completados o lo estarán próximamente; los que se desarrollan en las principales áreas metropolitanas (Santiago, Concepción y Valparaíso) aún se encuentran en las etapas iniciales¹⁶.

4.2.2.3.- *Planificación Urbana Intercomunal*

Regula el desarrollo físico de las áreas urbanas y rurales de diversas comunas, que por sus relaciones, se integran en una unidad urbana, por lo que un Plan Regulador Intercomunal no podría comprender sólo partes del territorio comunal, es decir, abarcar áreas específicas dentro de una comuna en particular.

¹⁵ Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, publicada en el Diario Oficial de 10 de julio de 1964. Su artículo 1° dispone: “La Contraloría General de la República, independiente de todos los Ministerios, autoridades y oficinas del Estado, tendrá por objeto (...) pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos y de las resoluciones de los Jefes de Servicios, que deben tramitarse por la Contraloría General.

¹⁶ OCDE-CEPAL, Evaluaciones del desempeño ambiental CHILE, Naciones Unidas CEPAL, 2005, p. 155.

Cuando esta unidad sobrepase los 500.000 habitantes, le corresponde la categoría de Área Metropolitana y el Plan Regulador Intercomunal (PRI) pasa a denominarse Plan Regulador Metropolitano, que es el caso de la Región Metropolitana de Santiago, Valparaíso y Concepción.

Las materias que son propias de este nivel de planificación son las siguientes (artículo 2.1.7 O.G.U.C.): a) La definición de los límites de extensión urbana, para los efectos de diferenciar el área urbana del resto del territorio, que se denominará área rural; b) La determinación de las relaciones viales intercomunales; c) La determinación de una zonificación general, en que se incluirán zonas o condiciones a cumplir para la instalación de industrias molestas y peligrosas, vertederos de basura e instalaciones de alto riesgo; d) La determinación de las áreas de desarrollo prioritario; e) La fijación de densidades promedio para los centros urbanos, preferentemente diferenciados por comuna, para la confección o modificación de los planes reguladores comunales; f) La fijación de los porcentajes mínimos de superficie urbana, preferentemente diferenciados por comuna; g) La determinación de las áreas verdes de nivel intercomunal.

Asimismo, se podrán establecer, indistintamente con los Planes Reguladores Comunales, en su respectivo ámbito territorial, fundadamente a través de estudios, áreas de riesgo por constituir un peligro para los asentamientos humanos, y áreas de protección ambiental de recursos de valor natural (artículo 2.1.7 en relación a los artículos 2.1.17 y 2.1.18 de la O.G.U.C.).

El PRI está compuesto por la Memoria Explicativa (aspectos conceptuales y técnicos, tales como objetivos, fundamentos y metodología empleada), Ordenanza (disposiciones reglamentarias) y Planos (expresan gráficamente los contenidos del plan, que para los efectos de su aprobación, modificación y aplicación, constituyen un solo cuerpo legal. Es confeccionado por la Secretaría Regional del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, con consulta a las municipalidades correspondientes y a las instituciones fiscales que se estime necesario, debiendo paralelamente someterse el proyecto al sistema de evaluación de impacto ambiental.

Respecto de las consultas realizadas a las municipalidades, éstas deberán emitir un pronunciamiento dentro de un plazo de 60 días, contado desde su conocimiento oficial, pronunciamiento que no tiene

el carácter de vinculante, requiriéndose sólo a efectos de conocer su parecer. Vencido este plazo, la falta de pronunciamiento será entendida como aprobación emitida por la respectiva municipalidad.

Cumplida la fase de consultas y aprobaciones pertinentes, la Secretaría Regional Ministerial remitirá los antecedentes completos del Plan al Gobierno Regional para su aprobación y promulgación mediante resolución del Intendente, la cual será publicada en el Diario Oficial, debiendo incluirse en la publicación, el texto íntegro de la Ordenanza del Plan. Cabe hacer presente que el Gobierno Regional puede aprobar o rechazar el PRI, pero no modificarlo o sustituirlo, es decir, no pueden alterar la propuesta que al respecto se les haga.

Al igual que en el caso del PRDU, previo a su publicación en el Diario Oficial, están afectos al examen de legalidad realizado por la Contraloría General a través del trámite de la toma de razón.

Las disposiciones del PRI se entenderán automáticamente incorporadas a los Planes Reguladores Comunales.

4.2.2.4.- Planificación Urbana Comunal

Se entiende por Planificación Urbana Comunal aquella que promueve el desarrollo armónico del territorio comunal, en especial de sus centros poblados, en concordancia con las metas regionales de desarrollo económico y social, que se realiza por medio del Plan Regulador Comunal (PRC).

Se trata del principal instrumento de planificación urbana, por cuanto él debe establecer la distribución de los usos del suelo en el centro poblado, además de otras normas que definen las características del territorio en cuestión. El ordenamiento se logra mediante la fijación de límites urbanos, definición de densidades máximas, la zonificación del espacio urbano, la definición de la jerarquía de las vías interiores de la ciudad, la localización del equipamiento a nivel comunal y la definición de prioridades en la urbanización de terrenos destinados al crecimiento de la ciudad, teniendo en consideración la factibilidad de ampliar o dotar de redes de agua potable y alcantarillado, así como la capacidad vial existente y proyectada.

El PRC está conformado por los siguientes documentos:

- a) Memoria Explicativa: que contenga el diagnóstico e identifique los centros urbanos de la comuna, las vías estructurantes, las principales actividades urbanas de la comuna, el fundamen-

to de las proposiciones del Plan (sus objetivos y metas en base a los Estudios de Capacidad Vial, de Equipamiento Comunal y de Riesgos y Protección Ambiental), los inmuebles declarados Monumento Nacional y las Zonas Típicas y los inmuebles o zonas de conservación histórica.

- b) Estudio de factibilidad: para ampliar o dotar de agua potable y alcantarillado de aguas servidas y aguas lluvias, en relación al crecimiento urbano proyectado.
- c) Ordenanza Local: fija las normas urbanísticas relativas al límite urbano de sus centros poblados, las vías estructurantes de la comuna, zonificación o definición de subzonas en que se dividirá la comuna, zonas o inmuebles de conservación histórica, Zonas Típicas y Monumentos Nacionales, y exigencias de plantaciones y obras de ornato en las áreas afectas a declaración de utilidad pública.
- d) Planos: que expresen gráficamente los contenidos de la Ordenanza Local.

El proyecto de PRC debe ser preparado por la municipalidad respectiva, la que debe informar a los vecinos sobre sus principales características, realizando una o más audiencias públicas en los barrios o sectores más afectados, consultar la opinión del Consejo Económico y Social Comunal y exponer el proyecto a la comunidad por un plazo de 30 días. Vencido este plazo, se consulta a la comunidad por medio de una nueva audiencia pública y al Consejo Económico y Social, y los interesados, por el plazo de 15 días, podrán formular por escrito las observaciones fundadas que estimen convenientes.

Cumplidos los trámites anteriores y resuelta la evaluación ambiental correspondiente, el alcalde debe presentar el proyecto para la aprobación del Concejo Municipal, para luego ser remitido a la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda para su revisión e informe. La tramitación continúa en forma diversa si el informe es favorable o desfavorable. Actualmente no es necesario que la Contraloría cumpla con el trámite de toma de razón en las comunas normadas por un PRI o Metropolitano. Los actos administrativos que promulguen la aprobación o modificación del PRC deben ser publicados en el Diario Oficial, junto con la respectiva Ordenanza. Las modificaciones a los PRC se sujetan a ese mismo procedimiento.

En este nivel comunal es necesario señalar que la L.G.U.C. en su artículo 46 inciso 2° dispone “en las comunas en que no exista PRC podrán estudiarse Planes Seccionales, los que se aprobarán conforme a lo prescrito en el artículo 43”, es decir, se aplica el mismo procedimiento contemplado para los PRC. La normativa vigente atribuye a estos instrumentos un carácter excepcional, en relación a los PRC¹⁷. Asimismo, podrán confeccionarse Planes Seccionales para delimitar zonas de remodelación y zonas de construcción obligatoria, y en casos en que para la aplicación de un PRC se requieran estudios más detallados.

Se debe destacar que la aplicación de todos estos instrumentos de planificación territorial corresponde al Director de Obras de cada municipio, quien debe velar por el cumplimiento de sus ordenanzas, lo que cobra una relevancia mayor al haberles incorporado una dimensión ambiental, como se analizará en el capítulo siguiente.

4.3.- LA DIMENSIÓN AMBIENTAL DE LOS INSTRUMENTOS DE PLANIFICACIÓN TERRITORIAL

4.3.1.- ANTECEDENTES PREVIOS

El sustento fundamental para cualquier medida que diga relación con el ordenamiento de un territorio se encuentra en el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política del Estado¹⁸, que asegura a todas las personas “el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”.

Para abordar la dimensión ambiental de estos instrumentos (IPT) la primera aproximación la proporciona el concepto de “medio ambiente” establecido en la letra II) del artículo 2° de la Ley 19.300¹⁹ que señala: “Medio ambiente: el sistema global constituido por elementos naturales

¹⁷ Dictamen N°8.016 de 1989, de la Contraloría General de la República.

¹⁸ Constitución Política del Estado, promulgada por Decreto Supremo N°1.150, publicada en el Diario Oficial de 24 de octubre de 1980.

¹⁹ Ley 19.300, de Bases Generales del Medio Ambiente, publicada en el Diario Oficial de 09 de marzo de 1994.

y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”.

En esta perspectiva, los IPT, por su misma naturaleza, apuntan esencialmente a mejorar la calidad de vida de los habitantes, cautelar de riesgos a la población, controlar efectos adversos sobre los recursos naturales, proteger las áreas de valor cultural e histórico, entre otros. Es preciso tener presente que, a diferencia de un proyecto de inversión que hace uso de los recursos y el territorio, un IPT establece normas para que dicho uso sea compatible con los intereses económicos, sociales y ambientales²⁰.

En todas las fases de vida de un Plan es posible reconocer su dimensión ambiental. En primer lugar, dicha dimensión está presente cuando se elabora el Plan, etapa que considera la realización de un diagnóstico ambiental del territorio y de la formulación de los objetivos del Plan de acuerdo a éste. Es decir, objetivos que tiendan a potenciar las aptitudes ambientales del área, a proteger el medio ambiente, y a prevenir y mitigar su deterioro.

En el año 2002, la Comisión Nacional del Medio Ambiente y el Ministerio de Vivienda y Urbanismo suscribieron un acuerdo de cooperación técnica para *fomentar la sinergia entre la gestión ambiental y la planificación territorial* sobre la base de un proyecto piloto de ordenamiento territorial ambientalmente sustentable en la Región Metropolitana (de Santiago), proyecto OTAS en asociación con la Sociedad Alemana de Cooperación Técnica (GTZ)²¹.

Dicho proyecto se basó en la experiencia alemana por medio de la Planificación del Paisaje o Ecológica, instrumento introducido en la RFA en el marco de la Ley Federal de Protección de la Naturaleza, de 1976, y que constituye el aporte ambiental a la planificación territorial. La función de la planificación ecológica es presentar y justificar las medidas y exigencias necesarias para cumplir con los objetivos de la protección de la naturaleza y el cuidado del paisaje. Esto significa: (...)

²⁰ MINISTERIO DE VIVIENDA Y URBANISMO, *Evaluación de Impacto Ambiental de los Instrumentos de Planificación Territorial*, Circular N°1135, 24 de noviembre de 1997, disponible en www.minvu.cl.

²¹ OCDE – CEPAL, ob. cit., pp. 155-156.

2.- La planificación ecológica posibilita que todos los requerimientos de la protección de la naturaleza y del cuidado del paisaje sean considerados en las decisiones de planificación. Determina la capacidad de los recursos naturales y sus límites; 3.- La planificación ecológica entrega lineamientos generales para evaluar las consecuencias ambientales y la compatibilidad de otros proyectos y medidas, y es la base indispensable para todas las decisiones de planificación²².

El proyecto OTAS concitó el apoyo de todos los sectores relacionados, a objeto de recopilar información acerca del territorio, para luego efectuar una evaluación ambiental que definiera los riesgos ecológicos y las sensibilidades de los diversos componentes ambientales, a objeto de compatibilizar los posibles usos y determinar zonas de protección, lo que concluyó finalmente con la elaboración de 15 cartas con áreas protegidas y áreas propuestas a proteger legalmente con sus respectivas fichas.

Entre las aplicaciones de la Planificación Ecológica tenemos que es un aporte ambiental a la planificación territorial, guía de acción para la administración pública ambiental, base para la evaluación de impacto ambiental estratégica, orientación para la inversión pública y privada, marco de referencia para la evaluación ambiental de proyectos y finalmente, es un mecanismo que facilita el debate ambiental.

A su vez, como producto derivado del proyecto OTAS, se crea el “Sistema Nacional de Coordinación de Información Territorial”, SNIT, mediante Decreto Supremo N° 28 del Ministerio de Bienes Nacionales (Diario oficial 21 de septiembre de 2006), como un mecanismo de coordinación interinstitucional permanente para la gestión de información territorial pública en el país, integrado por las instituciones del Estado generadoras y usuarias de dicha información, y cuyo objetivo es apoyar y optimizar la ejecución de la Política de Gestión de Información Territorial y velar por el pleno cumplimiento de ella²³.

²² KIEMSTEDT, Hans, *Planificación Ecológica (Landschaftsplanung)- Contenidos y Procedimientos*, Ministerio Federal de Medio Ambiente, Protección de la Naturaleza y Seguridad Nuclear, 1994.

²³ Más información en www.snit.cl

4.3.2.- *EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL DE LOS IPT*

Ahora bien, conforme a lo establecido en el artículo 10 letra h) de la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, deben someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental los Planes Regionales de Desarrollo Urbano, los Planes Reguladores Intercomunales, los Planes Reguladores Comunes y los Planes Seccionales. En consecuencia, la evaluación de impacto ambiental de los IPT viene a ser un procedimiento que permite explicitar la consideración de los aspectos ambientales en la formulación de sus proposiciones para el uso del territorio y las medidas adoptadas por el Plan para mitigar los efectos ambientales negativos de dicho uso.

La modalidad de ingreso al sistema de evaluación de impacto ambiental puede ser a través de un Estudio de Impacto Ambiental o una Declaración de Impacto Ambiental, lo que dependerá en cada caso, si se generan los efectos, características o circunstancias indicados en el artículo 11 de la Ley N° 19.300 y el Título II del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, esto es, letra a) riesgos para la salud de la población; letra b) efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables; letra c) reasentamiento de comunidades humanas o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos; letra d) localización próxima a población, recursos y áreas protegidas susceptibles de ser afectados; letra e) alteración significativa del valor paisajístico o turístico de una zona; y letra f) alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural.

En este contexto, la evaluación de impacto ambiental viene a ser el procedimiento para acreditar que el Plan fue bien concebido ambientalmente, es decir, que dispone de una estrategia ambiental. En otras palabras, la evaluación de impacto ambiental consiste en verificar que el Plan propuesto no generará los efectos, características o circunstancias indicados en el artículo 11 de la Ley N° 19.300, y si los generara, se ha explicitado cómo se han tomado medidas apropiadas para minimizar o compensar dichos efectos.

4.3.2.1.- Fase de elaboración del Plan

Se expresan a continuación algunos ejemplos sobre las materias ambientales que deben ser estudiadas en esta fase, y las medidas propuestas para incorporar la dimensión ambiental.

a) Riesgo para la salud de la población producto de la ocupación y/o manejo inadecuado de las áreas expuestas a eventos naturales catastróficos o de origen antrópico.

Tanto los PRI como los PRC podrán establecer, fundadamente a través de estudios, la determinación de áreas de riesgo por constituir un peligro para los asentamientos humanos, cuando corresponda, considerando la ocurrencia de los siguientes fenómenos: zonas inundables o potencialmente inundables debido a proximidad de ríos, lagos o esteros; zonas propensas a avalanchas, rodados o aluviones; zonas de actividad volcánica, ríos de lava o fallas geológicas; zona, franja o radio de protección de obras de infraestructura peligrosa, tales como aeropuertos, oleoductos, gaseoductos y estanques de almacenamiento de productos peligrosos (artículo 2.1.17 O.G.U.C.).

Las medidas propuestas consistirán en una zonificación que incorpore áreas excluidas al desarrollo urbano (no se permite edificación ni urbanización), áreas restringidas al desarrollo urbano, con su correspondiente regulación del uso de suelo y normas técnico-urbanísticas, y áreas de restricción en torno al emplazamiento de actividades peligrosas, entre otras.

No obstante, cuando la restricción para edificar se deba a motivos subsanables mediante la incorporación de obras de ingeniería u otras suficientes para mitigar el riesgo, la aprobación de los proyectos que se emplacen al interior del área de riesgo definida en el instrumento de planificación territorial, sólo se podrá efectuar si, de acuerdo a estudios fundados, elaborados por profesional especialista, cumple los requisitos y condiciones establecidos para ello, incluida la evaluación de impacto ambiental correspondiente (inciso final artículo 2.1.17 O.G.U.C.).

El Dictamen de la Contraloría Regional de Valparaíso N°1782, de 19 de abril de 2004, al pronunciarse respecto al Plan Intercomunal de Valparaíso sector “Valle de Auco”, señala: “Es así como en el punto 2.1.17, inciso 1°, dispone, en los IPT que corresponda podrán definirse áreas de riesgo, cuando proceda y previo estudio específico, por constituir un peligro inminente para los asentamientos humanos.

Naturalmente, cuando en el inciso 1º transcrito se indica “cuando proceda”, *significa que concurriendo las condiciones propias de una zona de riesgo, la autoridad no sólo está facultada, sino que obligada a declarar el carácter de ella y cumplir íntegramente el mandato existente en tal tipo de situaciones, siendo una de ellas la de incorporarla dentro del instrumento de planificación territorial, en este caso, en el Plan Regulador Intercomunal”.*

b) Efectos adversos significativos sobre los recursos naturales.

Un potencial efecto ambiental del plan puede consistir en la pérdida de biodiversidad y de vegetación nativa producto de la disminución de suelo natural por edificación y urbanización, pérdida de la capacidad de renovación de los acuíferos por la disminución de la capacidad de infiltración de las aguas lluvias y efectos adversos sobre el recurso agua debido a una sobreexplotación y/o contaminación de las fuentes de agua.

Las medidas a implementarse consistirán en el establecimiento de un sistema de áreas verdes, normas sobre arborización de espacios públicos, establecimiento de un área restringida al desarrollo urbano dado su valor vegetacional (área protegida), y área de restricción al desarrollo urbano en torno a fuentes de agua o escurrimientos superficiales, entre otras.

Al igual que en el caso anterior, tanto en los PRI como en los PRC se podrán definir áreas de protección de recursos de valor natural o patrimonio cultural, cuando proceda y previo estudio fundado.

Por recursos de valor natural se entenderán los bordes costeros marítimos, lacustres o fluviales, los parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, altas cumbres y todas aquellas áreas o elementos naturales específicos protegidos por la legislación vigente. Por recursos de valor patrimonial cultural se entenderán aquellas áreas o construcciones declaradas de conservación histórica, incluidas aquellas declaradas zonas típicas y Monumentos Nacionales (artículo 2.1.18 O.G.U.C.).

En el año 2002, el Ministerio de Vivienda y Urbanismo y la CONAMA acordaron comenzar a incorporar áreas protegidas actuales y también futuras, en los planes regionales de desarrollo urbano, planes reguladores intercomunales y comunales, bajo la denominación de áreas de protección de recursos de valor natural, integrando de tal manera los sitios prioritarios que hayan identificado las Estrategias Regionales de

Biodiversidad, otorgándoles una protección oficial, y dando así cumplimiento a la ratificación del Convenio de Diversidad Biológica.

La política nacional para el uso de áreas costeras, supervisada por la Comisión Nacional de Uso del Borde Costero del Litoral del Ministerio de Defensa, puede servir como mecanismo para incorporar la protección de la diversidad biológica y la naturaleza en el uso del territorio de las zonas costeras, tanto urbano como rural.

No obstante lo anterior, esta fórmula ha presentado sus inconvenientes para aquellas áreas que al momento de la elaboración del plan, no estén reconocidas oficialmente, dado el tenor del artículo 2.1.18 de la O.G.U.C., lo que finalmente quedará supeditado al control que le compete efectuar a la Contraloría General de la República.

4.3.2.2.- Evaluación ambiental del plan. Fortalezas y debilidades

Desde que el legislador incorporó los instrumentos de planificación en el listado de proyectos que deben someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, el primer inconveniente que surge es que no es posible determinar de manera generalizada y de antemano si dichos instrumentos requieren presentar un Estudio o una Declaración de Impacto Ambiental.

La práctica extendida es que ingresan mediante una Declaración de Impacto Ambiental, toda vez que se ha asentado por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que dichos proyectos constituyen normas, y que como normas no generan los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley N° 19.300, efectos que sí los pudieran producir los proyectos concretos que se llegaren a ejecutar en el territorio planificado.

Discutible es la apreciación de dicho Ministerio, si consideramos que el principal motivo para planificar es aumentar la disponibilidad de suelo urbano, en detrimento muchas veces de suelo agrícola de excelente calidad, lo que configuraría al menos el literal b) del artículo 11 de la ley. Asimismo, la expansión urbana podría conllevar la transformación de suelo industrial en habitacional, suelo que de acuerdo al tipo de actividad productiva desarrollada en el sector, pudiere estar contaminado, lo que configuraría la causal del literal a) del artículo 11 de la ley.

El ingreso mediante una DIA limita entonces la discusión, correspondiendo al titular del proyecto de plan, sea la Secretaría Regional

Ministerial de Vivienda o el municipio respectivo, aportar todos los antecedentes fundados y estudios específicos, a objeto de acreditar que no se generan los efectos del artículo 11, y al Comité Técnico revisor, compuesto por los servicios públicos competentes, constatar que dichos antecedentes y estudios se condicen con la realidad, efectuando las observaciones que sean de su competencia. Por medio de dichas observaciones, se pueden incorporar aspectos relevantes como la delimitación de áreas de riesgo y de protección, restringir la expansión urbana a suelos de excelente calidad, versus su preferencia a los de mala calidad, preferir el crecimiento por densidad en lugar de por extensión, entre otras.

Asimismo, el ingreso a través de una DIA excluye la participación de la comunidad, quedando restringida entonces a las instancias establecidas en la L.G.U.C., esto es, a las audiencias públicas y exposición que debe efectuar el municipio.

Se debe hacer presente que en el proceso se produce un desfase entre la calificación favorable por la autoridad ambiental, la Comisión Regional del Medio Ambiente, la aprobación por el Gobierno Regional, los informes de la Secretaría de Vivienda, la toma de razón de la Contraloría General si corresponde, y finalmente su publicación en el Diario Oficial. Entonces cabe preguntarse: ¿Cómo hacer exigible y compatible la calificación ambiental en relación con todo este conjunto de aprobaciones posteriores? La fórmula que se ha propuesto es que la Ordenanza del respectivo Plan incorpore una disposición en su articulado que indique que la resolución de calificación ambiental forma parte integrante de la misma, para que de esta manera los terceros tengan conocimiento de ella y les sea oponible, de lo cual debe velar el Director de Obras Municipales, constituyéndose en un verdadero mandatario de la Autoridad Ambiental. El Director de Obras debe incorporarla en el listado de exigencias que han de cumplir los titulares, y en el denominado "certificado de informaciones previas", documento que contiene los antecedentes del sector en que se ejecutará el proyecto.

No obstante las debilidades del sistema, no se puede dejar de reconocer que la evaluación ambiental ha significado un aporte relevante en el proceso de aprobación de los instrumentos de planificación territorial, toda vez que ha hecho incorporar contenidos con una dimensión ambiental previo a su ingreso al sistema de evaluación de impacto ambiental, y durante dicho proceso, se facilita la participación de diversos servicios

públicos que desde sus respectivos sectores (agrícola, forestal, suelo, turismo, minería, recursos hídricos, áreas protegidas) complementan los contenidos del plan y enriquecen el debate, con miras a lograr un desarrollo sustentable que tienda a una mejor calidad de vida para las generaciones actuales y futuras.

5.- CONCLUSIONES

- 1.- La ordenación del territorio es una política pública que tiene como objetivo orientar la planificación, incorporando la gestión responsable de los recursos naturales y la protección del medio ambiente, junto con el desarrollo económico y social, de tal manera de hacer compatibles múltiples intereses relacionados con el uso del espacio o del suelo.
- 2.- Existen diversas experiencias en Europa en esta materia, que divergen dependiendo por ejemplo, de la concepción que se haga de la ordenación del territorio, sea una mera planificación física o bien, poniendo énfasis en aspectos de desarrollo económico y social.
- 3.- En Chile aunque el ordenamiento territorial esté entregado por ley a un ente público, el “Gobierno Regional”, ello constituye una mera declaración de principios, sin contenido y resultado concreto, toda vez que el ordenamiento se traduce más bien en una planificación de carácter o índole urbana.
- 4.- La planificación territorial de esta manera queda radicada en el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, órgano encargado de ejecutar las disposiciones de la Ley General de Urbanismo y Construcciones y su Ordenanza General, por medio de la División de Desarrollo Urbano.
- 5.- La planificación territorial reconoce cuatro niveles de planificación: nacional, regional, intercomunal y comunal, sin perjuicio de los denominados “planes seccionales”, cuya aprobación está sujeta a un procedimiento reglado en el que participan diversos organismos, en el que se establece una estructura jerárquica que obliga al plan de rango menor, sujetarse a las disposiciones del nivel superior.
- 6.- En su aprobación cobra relevancia, a modo de hacer cumplir la garantía constitucional de vivir en un medio ambiente libre

de contaminación, la dimensión ambiental de los instrumentos de planificación, cuya primera aproximación la proporciona la definición de medio ambiente.

- 7.- En este contexto, el legislador consideró el ingreso al sistema de evaluación de impacto ambiental de los instrumentos de planificación territorial, cuyo proceso consiste en verificar que el Plan propuesto no generará los efectos, características o circunstancias indicados en el artículo 11 de la Ley N° 19.300, y si los generare, se ha explicitado cómo se han tomado medidas apropiadas para minimizar o compensar dichos efectos.
- 8.- A pesar de las debilidades del sistema, la evaluación ambiental ha significado un aporte en la aprobación de estos instrumentos, toda vez que en este proceso participan diversos servicios públicos, que desde sus respectivas competencias, complementan los contenidos del plan.
- 9.- Por último, cabe indicar que resulta destacable el proyecto OTAS, de ordenamiento territorial ambientalmente sustentable en la Región Metropolitana (de Santiago), como experiencia piloto, que tuvo como objetivo *fomentar la sinergia entre la gestión ambiental y la planificación territorial* por medio de la planificación ecológica.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- FIGUEROA VELASCO, Patricio; FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo: Urbanismo y Construcción, Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2006.
- 2.- FRIEDHELM, Budde: Ponencia Ordenamiento Territorial en Alemania: entre un sistema clásico y nuevos métodos de desarrollo. Santiago de Chile, República de Chile, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Gobierno Metropolitano de Santiago - Cooperación Técnica Alemana (GTZ), Universidad de Chile. Proyecto OTAS 2000: Conferencia Política e Instrumentos de Ordenamiento Territorial y Gestión Ambiental a escala nacional.
- 3.- GUZMÁN ROSEN, Rodrigo: La Regulación Constitucional del Ambiente en Chile, Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2005.
- 4.- HILDEBRAND SCHEID, Andreas: Política de Ordenación del Territorio en Europa, Sevilla, Universidad de Sevilla y Consejería de Obras Públicas y Transportes, Colección KORA, 1996.

- 5.- KIEMSTEDT, Hans; Planificación Ecológica (Landschaftplanung) - Contenidos y Procedimientos. Ministerio Federal de Medio Ambiente, Protección de la Naturaleza y Seguridad Nuclear, 1994.
- 6.- MARTÍN MATEO, Ramón: Tratado de Derecho Ambiental, Madrid, Edit. Trivium, Vol. 1, 1991.
- 7.- OCDE – CEPAL: Evaluaciones del desempeño ambiental CHILE, Naciones Unidas - CEPAL, 2005.
- 8.- SAA VIDAL, René; HERMOSILLA, Vladimir; ROVIRA, Adriano: Marco legal del ordenamiento territorial, Universidad de Chile, Instituto de Asuntos Públicos, Proyecto Bases para un Ordenamiento Territorial Ambientalmente Sustentable para la Región Metropolitana de Santiago, Gobierno Regional Metropolitano de Santiago, 2003.

NORMATIVA CITADA

- 1.- Constitución Política del Estado, sancionada por Decreto Ley N° 3.464 de 11 de agosto de 1980, promulgada por Decreto Supremo N° 1.150, publicado en el Diario Oficial de 24 de octubre de 1980.
- 2.- Ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, Diario Oficial de 10 de julio de 1964.
- 3.- Decreto con Fuerza de Ley N° 458, Ley General de Urbanismo y Construcciones, Diario Oficial 13 de abril de 1976.
- 4.- Decreto Ley N° 3.516, Establece Normas de Subdivisión de Predios Rústicos, Diario Oficial de 1° de diciembre de 1980.
- 5.- Ley N° 19.175, Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, Diario Oficial 20 de marzo de 1993.
- 6.- Decreto Supremo N° 47 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, Diario Oficial 19 de mayo de 1992.
- 7.- Decreto Supremo N° 28 del Ministerio de Bienes Nacionales, crea el “Sistema Nacional de Coordinación de Información Territorial”, SNIT, Diario Oficial de 21 de septiembre de 2006.
- 8.- Circular N° 1.135, de 1997, Evaluación de Impacto Ambiental de los Instrumentos de Planificación Territorial, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo.
- 9.- Dictamen N° 8.016, de 1989, de la Contraloría General de la República.
- 10.- Dictamen N° 1782, de 2004, de la Contraloría Regional de Valparaíso.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ACERCA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Francisco Zúñiga Urbina¹²

RESUMEN: *El autor analiza la naturaleza, garantías en general y justiciabilidad de los derechos sociales, económicos y culturales y los alcances de la primera sentencia del Tribunal Constitucional sobre la materia, recaída en un control concreto de constitucionalidad del artículo 38 ter de la ley N° 18.933, Ley de Isapres.*

DESCRIPTORES: *Amparo constitucional extraordinario de derechos - Control de constitucionalidad - Derechos económicos, sociales y culturales - Poder Judicial - Tribunal Constitucional*

SUMARIO DE CONTENIDOS: *I.- Prolegómenos. II.- Doctrina Jurisprudencial del Tribunal Constitucional. III.- Conclusiones.*

ABSTRACT: *The author analyzes the nature, guarantees and legality of social, economic and cultural rights and the importance of the Constitutional Court's initial judgement as made within the framework of article 38 ter of the law N° 18,933, Law of Isapres.*

¹ FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Chile, Pío Nono N 1, Providencia, Santiago de Chile, zdc@zdcabogados.cl.

² Ponencia al Primer Congreso de Derechos Humanos, Panel "Derechos Económicos, Sociales y Culturales", Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 19, 20 y 21 de agosto de 2008.

KEY WORDS: *Constitutional Court - Control of constitutionality - Economic, social and cultural rights - Extraordinary constitutional protection of rights - The Judiciary*

SUMMARY OF CONTENTS: *I.- Introduction. II.- Jurisprudence of the Constitutional Court.. III.- Conclusions.*

I.- PROLEGÓMENOS

En este panel me propongo tratar brevemente de abordar, sin mayores pretensiones dogmáticas, la naturaleza, garantías en general y justiciabilidad de los derechos sociales, económicos y culturales en particular, cuestiones por lo demás abordadas en otros trabajos, y los alcances de la primera sentencia del Tribunal Constitucional sobre la materia.

El abordaje de esta materia obliga a establecer preliminarmente que el catálogo de derechos fundamentales adscritos tipológicamente a los derechos económicos, sociales y culturales adolece en la Constitución de dos características basales: una debilidad normativo-estructural y una debilidad positivo-procesal.

Tal debilidad normativo-estructural de los derechos sociales, limita su contenido prestacional y las obligaciones positivas y negativas impuestas al Estado, y se verifica en el contexto de una Constitución Económica y Social que arranca de la Constitución originaria, la que es herencia de un régimen político y Poder Constituyente de cuño ideológico autoritario y neoliberal, que congruente con una refundación autoritaria del capitalismo, conlleva un modelo de Estado Subsidiario o mínimo. Sin embargo, es menester reconocer que tal herencia o techo ideológico se ha abierto con las sucesivas reformas constitucionales a la Carta a partir de 1989, a los aportes del constitucionalismo democrático y social. Esta debilidad normativo-estructural conlleva dialécticamente realizar desde la teoría-práctica del constitucionalismo democrático y social una lectura y hermenéutica finalista, evolutiva y progresiva de la Constitución reformada vigente, abriéndose a un modelo de Estado Social.

Asimismo, la debilidad positivo-procesal de los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución, no sólo está asociada al sobrio o sumario catálogo de derechos sociales (derecho a la seguridad social, derecho a una retribución equitativa, derecho a la

salud, derecho a vivir en un medio ambiente sano, derecho a la educación y derecho de sindicación) recepcionado en el artículo 19 de la Carta, sino que a una devaluación de su contenido propio o tradicional (colectivo, prestacional y positivo), producto de la conexión con un modelo de Estado Subsidiario o mínimo fundado en el principio de subsidiariedad (o mejor dicho en lectura de tal principio asilado en su dimensión negativa o pasiva), que limita la naturaleza prestacional de estos derechos, y a una limitada garantía de jurisdiccionalidad que los excluye de una justiciabilidad en proceso de amparo vía recurso de protección, con la calificada excepción del derecho de sindicación y el derecho a vivir en medio ambiente sano (artículo 20 y artículo 19 N° 19 y N° 8 de la Constitución). Incluso más, derechos sociales con obligaciones negativas y trabadas entre sujetos de la sociedad civil (empresa y consumidores o usuarios) para asegurar un equilibrio en las relaciones contractuales forzadas o serviciales, carecen de reconocimiento iusfundamental y protección procesal de amparo.

También congruente con el contexto del régimen autoritario y su Poder Constituyente de cuño ideológico autoritario y neoliberal, la Constitución vigente descarta los tradicionales derechos sociales de contenido laboral, sin alcance prestacional directo frente al Estado como el derecho al trabajo y el derecho de huelga concernientes a la relación capital-trabajo en la empresa y en la economía, derechos que están ausentes del catálogo de derechos fundamentales, y sólo tienen desarrollo legal y en tratados internacionales de derechos humanos.

La dogmática de los derechos fundamentales en sentido estricto y de los derechos humanos en sentido lato nos permiten diferenciar, no sin dificultades y peligros, como paradigmáticamente lo hacen los Pactos de Naciones Unidas de 1966, los derechos de la “primera generación”, en especial los derechos civiles, de los derechos de la “segunda generación” (derechos económicos, sociales y culturales) por su origen histórico-político (y raíces ideológicas), modelo de Estado (Estado Liberal-Estado Social), relaciones economía-sociedad civil, y en cuanto a los derechos mismos por su sujeto individual-colectivo (titulares y condiciones de ejercicio), estructura lógica (derechos de negación-derechos de prestación) y objeto: las obligaciones negativas y positivas que los definen (Estado sujeto de la lesión de derechos, Estado que confiere tutela reintegradora del derecho, reparadora de los sujetos u otra idónea y Estado obligado a prestar satisfactores sociales a los carenciados).

Con todo, esta diferenciación basada en factores tales como: origen histórico, modelo de Estado, naturaleza, estructura lógica y objeto-sujetos de obligaciones negativas y positivas, es tipológica y formalista y al igual que la noción de las “generaciones de derechos” fuente de demasiadas simplificaciones, por lo que su uso dogmático debe hacerse con el debido cuidado y reconociendo los importantes matices que un análisis dogmático impone de suyo³. Esta fractura de generaciones de derechos que se remontan a la formación de los sistemas de protección internacional y supranacional de derechos humanos tiene una fuerte carga ideológica y política internacional en un contexto de relaciones Este-Oeste; aunque en la recepción positiva de derechos civiles, políticos y sociales, se produjeran exigencias de actividad positiva del Estado no circunscrita a derechos prestacionales (derecho a la tutela judicial) o exigencias de actividad negativa del Estado propias de derechos sociales (derecho de huelga o libertad sindical)⁴. Cançado Trindade nos dice: “La fantasía nefasta de las llamadas “generaciones de derechos” histórica y jurídicamente infundada, en la medida que alimentó una visión fragmentada o atomizada de los derechos humanos, ya se encuentra debidamente desmitificada”⁵.

De la mano de una determinada o parcial orientación dogmática de los derechos fundamentales, un lugar común asentado por la crítica liberal-conservadora a los derechos económicos, sociales y culturales conlleva su jibarización o abierta negación. Como hemos sostenido anteriormente se funda tal jibarización o negación sosteniendo que estos derechos sociales carecen de los rasgos propios de un “derecho” o de un “derecho subjetivo”; específicamente resultan distintos en cuanto sujetos, naturaleza, estructura lógica y objeto si se les compara con

³ Consultar a Francisco J. Bastida F. y otros: “Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1948”. Edit. Tecnos, Madrid, 2004, pp. 83-119. También a Miguel Carbonell: “La Constitución en Serio, Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales”, Editorial Porrúa UNAM-III, México DF, 2ª ed., 2002. También es muy provechoso el ambicioso libro de Víctor Abramovich y Cristián Courtis “Los derechos sociales como derechos exigibles” (prólogo de L. Ferrajoli), Edit. Trotta, 2ª edic., Madrid, 2004, en especial Capítulos 1 y 2, pp. 19-116. En la doctrina nacional consultar para la inclusión de los derechos sociales en la categoría de derechos fundamentales a Tomás Pablo Jordán Díaz “La Posición y el Valor Jurídico de los Derechos Sociales en la Constitución Chilena”, Estudios Constitucionales N° 2, año 5, Santiago, 2007, págs. 185-204.

⁴ CANÇADO TRINDADE, António A., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 93-98.

⁵ CANÇADO TRINDADE, A. A.: Ob. cit. p. 132.

los derechos civiles, y además, poseen una deficiente tutela judicial ordinaria, especial o extraordinaria (jurisdiccionalidad). Esta orientación dogmática se asemeja al mito de Procusto, donde el posadero cortaba las piernas de los más altos o estiraba las de los más bajos si no se ajustaba a las medidas del catre de hierro o esquema dogmático preconcebido en este caso⁶.

Del modo expuesto para la dogmática de los derechos fundamentales de filiación (neo) liberal y (neo) conservadora, los derechos sociales quedan entregados completamente a las políticas públicas y a la fiscalidad del Estado; lo que en el constitucionalismo latinoamericano, dado su escoramiento por el nominalismo constitucional o la proliferación de cláusulas económico-sociales, hace de estos derechos, no derechos o promesas de derechos. Un buen ejemplo de lo arraigado que está este lugar común en nuestro medio es el debate suscitado con motivo de un proyecto de reforma constitucional presentado por el Gobierno el año 2006, respuesta a un amplio movimiento estudiantil enderezado a la universalidad y calidad de los servicios educativos, que pretendía ampliar la tutela del recurso de protección al derecho a la educación y sus contenidos.

Este planteamiento crítico, que no es sino un lugar común, goza en Chile de extraordinario predicamento en la doctrina y en las élites, pero olvida considerar dos elementos básicos al análisis: primero, que todos los derechos son justiciables, pero el nivel de jurisdiccionalidad en procesos ordinarios, especiales y extraordinarios de tutela de derechos o en procesos constitucionales difiere en cuanto al sujeto obligado por los derechos, la determinación y actualización de las obligaciones o deberes por una parte y en cuanto al alcance de las obligaciones negativas y positivas impuestas, y segundo, que la relación de sujetos activo-pasivo, excede el abanico de facultades propias del derecho subjetivo (dar, hacer o no hacer), implicando a la parte creditoris (persona) y parte

⁶ Una crítica, tan dura como el enfrentamiento de Teseo con Procusto, a estas posiciones liberales y conservadoras encarnadas en los aportes de los profesores G. Gómez B. y J.I. Martínez Estay, se realizó en el trabajo "Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Apuntes acerca de la naturaleza y justiciabilidad de los derechos fundamentales", publicado en el último número de la revista *Pensamiento Constitucional*, año 2007, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2008. También un trabajo más breve en la ponencia "Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Naturaleza y justiciabilidad. Elementos para una discusión", en XXXVII Jornadas Chilenas de Derecho Público, P.U.C. de Valparaíso, 2007.

deboris (Estado), relación que no es privativa de derechos sociales, sino también se extiende a derechos civiles o “clásicos”.

Por otra parte el planteamiento crítico lastra dogmáticamente con un cierto divorcio de derecho positivo cuando se busca fuente de autoridad verbigracia en la doctrina española en que los derechos sociales por regla no son derechos fundamentales, sino principios rectores de contenido económico-social, lo que traslada la cuestión al campo de la actividad prestacional de la Administración (García de Enterría), conservándose la noción de derecho subjetivo público como pivote teórico (Rodríguez Zapata)⁷.

En efecto, el planteamiento crítico desde una dogmática escorada ideológicamente hacia el (neo) liberalismo y (neo) conservadurismo, descansa en último término en un sofisma o lecho procusteano: definir los derechos fundamentales a partir de la noción de “derecho” (derecho subjetivo o derecho subjetivo público), de filiación privatista y liberal individualista, y sobre tal definición emplear un modelo descriptivo o tipológico que permite negar los derechos económicos, sociales y culturales.

No pretendo con lo dicho eludir las dificultades teórico-prácticas que impone el abordaje de los derechos económicos, sociales y culturales, sino matizar y relativizar las conclusiones a las que se arriba empleando el anticuado arsenal de la dogmática de los derechos fundamentales, para así servir ideológicamente a intereses inconfesables. Efectivamente tratándose de derechos económicos, sociales y culturales, su tutela judicial ordinaria, especial o extraordinaria se hace difícil, pero ello no obsta a una exigibilidad indirecta y progresiva, sea imponiendo obligaciones a los poderes públicos o sea otorgando medios de impugnación a la actividad estatal lesiva o contradictoria con estos derechos u otorgamiento discriminatorio de bienes públicos (bienes y servicios). Ciertamente, los tribunales del Poder Judicial o el Tribunal Constitucional llamados a la tutela judicial del Derecho de la Constitución (derechos subjetivos y derecho objetivo), no pueden ordenar o sustituir a los poderes públicos (Legislación, Gobierno y

⁷ Consultar de Eduardo García de Enterría y de Tomás Ramón Fernández su magnífico “Curso de Derecho Administrativo”, 2 vol., Edit. Civitas, 1ª edic. 1977, 3ª edic. 1991, reimpresión, Madrid, 1992, Vol. II, pp. 70-82. De J. Rodríguez Zapata “Teoría y Práctica del Derecho Constitucional”, Edit. Tecnos, Madrid, 1996, págs. 297-309.

Administración) o dictar políticas públicas de protección social; pero sí pueden establecer la mora de los poderes públicos o la inconstitucionalidad de la actividad estatal lesiva o contradictoria con tales derechos, todo ello en estrecha conexión con el valor y eficacia normativa de las normas iusfundamentales relativas a derechos; garantías y normas de principio en general.

En este contexto se hace necesario destacar la indivisibilidad de los derechos humanos, es decir, la realización plena de los derechos civiles y políticos sería imposible sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales, como tempranamente lo proclamó la I Conferencia Mundial de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Teherán 1968). Asistimos a un proceso de expansión, acumulación y fortalecimiento de los derechos humanos (Cançado Trindade), reforzado por la globalización del capitalismo y sus consecuencias. Se une la ciudadanía burguesa del siglo XIX (capitalismo temprano) con la “ciudadanía social” del siglo XX (capitalismo industrial o tardío), cuyo resultado es una ciudadanía plena. Tal ciudadanía plena permite integrar a los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales a la democracia misma y su justificación⁸.

Lo expuesto nos sitúa ante una conocida y discutible distinción de normas iusfundamentales: normas operativas y normas programáticas, las primeras dotadas de valor normativo pleno y eficacia normativa directa e inmediata, y las segundas dotadas de valor normativo restringido y de eficacia normativa indirecta y mediata. Tal distinción es usada para

⁸ MARSHALL, T.H.: “Ciudadanía y Clase Social”, Madrid, Alianza Editorial, 1998, págs. 23 y ss. Consultar el libro “Derechos sociales y ponderación”, editado por Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007, que recoge las contribuciones al seminario “La teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy” realizado en Madrid el año 2004, revistiendo especial interés los trabajos de R. Alexy, G. Peces Barba, F.J. Bastida y L. Hierro. En el contexto español Bastida nos recuerda: “En suma, los derechos sociales son derechos fundamentales sólo si el constituyente los configura y organiza con las características y garantías propias de la fundamentalidad de la norma constitucional. De lo contrario, su mención en la Constitución tendrá relevancia como principios rectores de la política social y económica que oriente la actuación de los poderes públicos, pero su contenido para los ciudadanos será el que previamente disponga el legislador y sólo en el marco trazado por éste serán exigibles por los ciudadanos. Los derechos sociales también podrían adquirir ese carácter fundamental por vía jurisprudencial, si su contenido se incluye en la dimensión objetiva de los derechos propiamente fundamentales, pero esto podría entrañar una mutación constitucional tanto de las relaciones constitucionales entre el legislador y los jueces como de la posición de los derechos sociales, si constitucionalmente están concebidos como meros principios rectores de la política social y económica, con exclusión de su eficacia directa” (pp. 148-149).

minusvalorar a las normas “programáticas”, que quedan supeditadas al desarrollo normativo infraconstitucional y a la actividad de los poderes públicos, en especial a la actividad de servicios públicos y de fomento del Gobierno y la Administración del Estado.

Sin embargo, en las coordenadas de esta misma distinción, ésta trae aparejada consecuencias jurídicas en especial frente a la mora de los poderes públicos. Sobre este punto observa Bidart Campos “(...) Es claro que las normas programáticas, aun antes de su reglamentación infraconstitucional, no son inútiles, porque sirven como directiva -las más de las veces obligatoria- para los órganos de poder (especialmente aquel que está dotado de competencia para reglamentarla), valen para la interpretación constitucional, y principalmente son un límite negativo en cuanto impiden emanar normas que estén en oposición o contradicción con ellas. Pero, aun con esa utilidad, si la reglamentación se omite o se dilata, el problema del ejercicio impedido del derecho que la norma programática contiene, subsiste en su aspecto más agudo y grave. Y hay que hallar algún remedio”. Agrega el desaparecido jurista argentino: “Desde hace largo tiempo tenemos elaborada la teoría de que en el caso de tardanza irrazonable en la reglamentación que preste funcionamiento a la norma constitucional programática, se configura lo que llamamos inconstitucionalidad por omisión, o sea, violación a la Constitución por omitir hacer lo que la misma norma programática manda que se haga (salvo el supuesto en que la formulación de la misma norma permita entender razonablemente que el órgano convocado a reglamentarla dispone para ello de discreción temporal suficiente, o que la redacción lexical autorice a inferir que la propia Constitución habilita la postergación del derecho hasta que la reglamentación le depare margen de funcionamiento)”⁹. Luego, fuera de las calificadas excepciones anotadas, las normas “programáticas” que declaran derechos imponen la obligación constitucional de su desarrollo infraconstitucional en un “tiempo razonablemente rápido y breve”, obligación justiciable y que confiere legitimación procesal activa al titular del derecho “demorado, imposible o bloqueado”.

⁹ BIDART CAMPOS, Germán José, *Teoría General de los Derechos Humanos*, México D.F., Editorial UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1ª edición, 2ª reimpresión, 1993, p. 414.

II.- DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Corresponde en este lugar abordar a modo de pretexto sucintamente un comentario crítico a la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en un control concreto de constitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, Ley de Isapres (STC Rol N° 976-07 de 26 de junio de 2008).

- 1.- En virtud del artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República, se interpone requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 (Ley de Isapres, actual artículo 199 del DFL N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del DL. N° 2763, de 1979 y de las Leyes N°s 18.933 y 18.469), siendo la gestión pendiente un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago (Rol N° 4972-07), en la que se impugna la decisión de la Isapre ING Salud de aumentar el precio del plan de 7.40 a 9.40 UF, decisión fundada en el aumento del costo promedio de las acciones de salud, variación producida durante la última anualidad en la edad de los beneficiarios.
- 2.- El requerimiento de inaplicabilidad que impugna el citado artículo 38 ter de la Ley de Isapres se funda en la vulneración de los derechos asegurados en los numerales 2°, 9° y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Se infringe la igualdad ante la ley del artículo 19 N° 2 de la Constitución al establecer la ley que las Isapres podrán ajustar los precios de los contratos de salud previsional considerando factores como edad y sexo de los beneficiarios, circunstancias ajenas a la voluntad del asegurado. Luego la tabla de factores que se pretende aplicar prevista en la ley (artículo 199 DFL N°1, 2005, Minsal) considera a priori un riesgo en base estadística (edad-sexo) propia del seguro-seguridad social, que resulta para la recurrente arbitraria. Además, se infringe el derecho a la protección de la salud del artículo 19 N° 9 de la Constitución que tutela la igualdad de acceso a los sistemas de salud, al permitir el artículo 38 ter una cortapisa por coste económico a la libertad de elegir y permanecer en el plan del contrato. Finalmente,

la vulneración del derecho de propiedad del artículo 19 N° 24 de la Constitución se produce en la medida que el precepto legal impugnado permite el aumento de precio de los planes en base a la edad y consiguientemente priva o puede privar de los beneficios que el plan concede a los beneficiarios, derechos personales incorporados al patrimonio.

- 3.- La sentencia del Tribunal Constitución es un verdadero “leading case” de esta Magistratura en la que por primera vez y de modo explícito se funda una declaración de una inconstitucionalidad material en la infracción de derechos fundamentales de naturaleza social, también conocidos como derechos de la segunda generación.
- 4.- Preliminarmente la sentencia desglosa las reglas contenidas en la norma impugnada (artículo 38 ter):

QUINTO. Que el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, ya transcrito, regula los cinco grupos de materias siguientes:

- A) A las Instituciones de Salud Previsional, en cuanto a la facultad de elaborar la tabla de factores y fijar el precio del plan de salud, puntualizando que para ello deben aplicar, al precio base, el factor que corresponde al beneficiario, con sujeción a la tabla incorporada al respectivo contrato de salud;
- B) A la Superintendencia de Salud, órgano estatal que, mediante instrucciones de aplicación general, fija la estructura de la tabla de factores, estableciendo los tipos de beneficiarios, según sexo y condición del cotizante o carga, y los rangos de edad que se deben utilizar, estando obligada a ceñirse para ello a las reglas que previene el inciso tercero del artículo 38 ter;
- C) Nuevamente a la Superintendencia señalada, habilitándola para establecer, cada diez años, la diferencia máxima entre el factor mayor y el menor según el sexo del cotizante;
- D) A las Instituciones de Salud Previsional, esta vez facultándolas para fijar libremente los factores, dentro de las restricciones contenidas en el precepto examinado, no pudiendo variarlos mientras los beneficiarios se encuentren adscritos a la misma tabla, ni alterarlos con relación a quienes se incorporen a ella, a menos que la modificación consista en disminuir los múltiplos o factores con carácter permanente, sea total o parcialmente, cambio que requiere autorización previa de la Superintendencia de Salud; y

- E) A cada plan de salud singular o concreto, precisando que él tendrá incorporado tan solo una tabla de factores;
A continuación la sentencia resume las reglas de la norma impugnada que son relevantes para el caso o gestión pendiente y para la determinación de los extremos fácticos que exige el control concreto de constitucionalidad que activa la acción de inaplicabilidad:

NOVENO. Que, de lo razonado precedentemente, resulta pertinente ahora concluir, en síntesis y prácticamente, que la requirente cuestiona el mérito constitucional del precepto legal impugnado, en la hipótesis que le sea aplicado en la gestión pendiente invocada en autos, por dos de los aspectos que esa disposición regula, a saber:

- A) La parte de dicho precepto que permite a su Institución de Salud Previsional fijarle un nuevo precio del plan de salud, aplicando al precio base el factor de rigor, multiplicado según lo autorizado por la Superintendencia en la tabla correspondiente. Este listado o nómina considera rubros tales como el género y la edad, distinción esta última que, en la situación singular de la requirente, ella estima constitucionalmente insostenible.

Al respecto, útil es recordar la aclaración que la accionante estampó en su requerimiento:

“Si bien en el recurso de protección interpuesto se reclama tanto en contra del aumento del precio base, como del aumento adicional que resulta de aplicar el nuevo tramo de factores, la razón que motiva la interposición del presente recurso es sólo la relativa a la aplicación de la tabla de factores.”(fs. 2);

- B) La parte del precepto que autoriza a su Institución de Salud Previsional a determinar libremente los factores de la tabla homónima, sin otra limitación que la contenida en el inciso tercero de tal norma legal, facultad que, al ser ejercida, específicamente en relación con el contrato de salud de la accionante, se ha traducido en una diferencia desmedida entre el factor menor y el mayor de la tabla incorporada a esa convención. Consiguientemente, al cumplir 60 años de edad, la aplicación de la regla descrita ha permitido un alza desproporcionada del factor que afecta a la requirente y, a raíz de ello, del costo de su plan de salud. Lo expuesto, atendida la disminución lógica de sus ingresos, secuela del envejecimiento natural de la persona,

la ha dejado en la imposibilidad de pagar y, con ello, de mantenerse en el sistema de salud por el cual había optado. Finaliza sosteniendo que lo ocurrido es contrario a lo asegurado en la Constitución, precisamente, en cuanto vulnera el derecho que le asiste a la libre elección del sistema de salud, garantizado en el artículo 19, N° 9, inciso quinto o final de aquélla;

DÉCIMO. Que, de lo expuesto, cabe concluir que el asunto preciso sometido a la decisión de esta Magistratura consiste en determinar si el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, de ser aplicado, en el sentido de la alegación referida a la tabla de factores en los términos explicados en los considerandos anteriores, en la causa rol N° 4972-2007, seguido ante la Corte de Apelaciones de Santiago, produce o no los efectos contrarios a la Constitución aducidos por la requirente, a saber, el quebrantamiento de la igualdad ante la ley, del derecho a la libre elección del sistema de salud y del derecho de propiedad, asegurados en los numerales 2°, 9° y 24° del artículo 19 de la Constitución, respectivamente;

5.- De este modo la sentencia comentada construye la estructura argumentativa a partir de una premisa recogida en el considerando 24°, que indica que es la dignidad humana un valor basal del sistema constitucional, que conlleva el aseguramiento de derechos fundamentales que con una pesada carga iusnaturalística de la sentencia “preexisten” a la Carta Política, lo que está en armonía con el artículo 5° inciso 2° de la misma Carta.

Asimismo, el Tribunal Constitucional en los fundamentos jurídicos de su sentencia recoge una explicación acerca de los derechos sociales y su naturaleza y que plasma principalmente en los considerandos 26°, 27°, 28°, 29° y 32°, cerrando esta fundamentación de talante iusnaturalista en el enunciado básico de indivisibilidad de derechos en orden a que el derecho a la protección de la salud es un derecho social que conecta directamente al derecho a la vida y a la integridad física o psíquica, citando al efecto una sentencia anterior (Rol N° 220 considerando 9°).

La ligazón o indivisibilidad de los derechos civiles básicos como el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica con el derecho social a la protección de la salud tienen su antecedente en la sentencia de esta Magistratura Rol N° 220, que dispone en lo atinente:

NOVENO. Que, cabe considerar que el legislador tiene plena capacidad para normar situaciones vinculadas a la vida y a la muerte de las personas, como tradicionalmente lo ha hecho.

En lo que se refiere a la muerte, ha regulado su régimen jurídico; sus efectos familiares y patrimoniales; la existencia de la pena de muerte para ciertos delitos tipificados en los Códigos Penal y de Justicia Militar, lo que la propia Constitución legitima en su artículo 19, N° 1°, inciso tercero que expresa: “La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado”. O sea, el legislador puede autorizar a los tribunales para imponer la pena de muerte privando legítimamente de la vida a determinadas personas; igualmente establece la legítima defensa como circunstancia eximente de responsabilidad penal. Haciendo uso de ella, una persona, cumpliendo con los requisitos establecidos por el artículo 10, N° 4 del Código Penal, que la consagra, pueda dar muerte lícitamente a otro.

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

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

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

El Tribunal Constitucional define a partir de una concepción personalista del Estado, a la dignidad como el valor superior del ordenamiento en que descansan los derechos fundamentales, bajo la fórmula siguiente:

VIGESIMOTERCERO. Que de la dignidad que singulariza a toda persona humana se deriva un cúmulo de atributos, con los que nace y que conserva durante toda su vida. Entre tales atributos se hallan los

derechos públicos subjetivos o facultades que el ordenamiento jurídico le asegura con carácter de inalienables, imprescriptibles e inviolables en todo momento, lugar y circunstancia. De esos atributos se nombran aquí, por su vínculo directo con la causa a ser decidida, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica y a la protección de la salud cuyo ejercicio legítimo la Constitución exige respetar siempre incluyendo la esencia inafectable de lo garantizado en ellos;

- 6.- A continuación la sentencia afirma, con sujeción al artículo 6º de la Constitución, la supremacía formal-material de los “valores, principios y normas” y su vinculación general a todo órgano, persona, institución o grupo. En este marco los “derechos sociales, llamados también derechos de prestación o de la segunda generación, son tales y no simples declamaciones o meras expectativas, cuya materialización efectiva quede suspendida hasta que las disponibilidades presupuestarias del Estado puedan llevarlos a la práctica” (considerando 26º), por lo que no es admisible poner en duda su “practicabilidad” de realización, camino que conduce a que la Constitución sea “desactivada” a causa de la “imposibilidad económica del Estado de darles satisfacción, convirtiendo así en virtuales las cláusulas fundamentales que aseguran su materialización” (considerando 27º).

Consecuencia de lo anterior, al caracterizar el derecho a la protección de la salud como “derecho social”, se deducen “conductas activas” de los órganos estatales y de los particulares para su materialización, lo que es un rasgo “distintivo de la legitimidad sustantiva del Estado Social en la democracia constitucional contemporánea” (considerando 29º); de suerte que aunque es necesario el desarrollo legislativo de este derecho, habrá siempre un “núcleo esencial” indisponible para el legislador; “esencia” que el Tribunal Constitucional no llega a enunciar o “descubrir-describir”. El derecho a la protección de la salud es conexasiónado a otros “atributos esenciales” tales como: derecho a la vida, integridad física y psíquica, tutela necesaria para infundir legitimidad a la democracia misma.

- 7.- Es menester destacar que la sentencia define criterios de hermenéutica constitucional relativos a la parte dogmática de la Constitución, entendiendo que ésta es un sistema de normas en

la que una posición basal la tienen los derechos “consustanciales a la dignidad humana”, dirigidos tanto al Estado como a los particulares.

El Tribunal recoge estos criterios hermenéuticos en los términos siguientes:

TRIGESIMOCUARTO. Que, aplicando dicho criterio de hermenéutica constitucional y siendo la Carta Fundamental un sistema orgánico y coherente de valores, principios y normas, todos los cuales guardan entre sí correspondencia y armonía, excluyendo cualquiera interpretación que anule o prive de eficacia a algún precepto de ella, cabe insistir en que no sólo los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, sino que esa obligación recae también en los particulares, aunque sea subsidiariamente, puesto que el Código Supremo asegura la intangibilidad de tales atributos en toda circunstancia, cualesquiera sean los sujetos que se hallen en la necesidad de infundir vigencia efectiva a lo proclamado en sus preceptos;

A partir de este criterio hermenéutico y vinculación estatal y privada a los derechos se pretende definir la fuerza normativa de los derechos, conciliando derechos de contenido patrimonial y el fin del bien común del Estado. La fuerza normativa de la Constitución, conforme a la cual “(...) ésta se irradia al ordenamiento jurídico entero, al punto que ninguna de sus disposiciones puede quedar al margen de o en pugna con la supremacía que es propia de ella” (considerando 35°); permite afirmar que los sujetos privados deben respetar y promover el ejercicio de derechos “consustanciales” a la dignidad humana, y su entidad y exigibilidad son patentes cuando aquellos sujetos -Isapres- “(...) a los cuales la Constitución, como manifestación del principio de subsidiariedad, les ha reconocido y asegurado la facultad de participar en el proceso que infunde eficacia a los derechos que ella garantiza” (considerando 36°).

8.- De esta forma desde un “fetichismo constitucional”, verdadera patología de la teoría constitucional y que hace suyo el Tribunal en esta argumentación, la sentencia hilvana la ligazón del derecho a la protección de la salud con la vinculación que empece a las Isapres a sus garantías o reglas del artículo 19 N° 9° (considerandos 37°, 38° y 39°).

Ello exige reproducir los fundamentos jurídicos en que descansa este hilvanado:

TRIGESIMOSEPTIMO. Que, sin duda, las instituciones aludidas tienen también asegurados sus derechos en la Carta Política, pero con idéntica certeza, ha de afirmarse que ellos se encuentran sometidos a los deberes correlativos, de los cuales resulta menester realzar aquí su contribución al bien común, haciendo cuanto esté a su alcance, dentro del ordenamiento jurídico, por materializar el goce del derecho a la protección de la salud. Consiguientemente, el desarrollo de sus actividades empresariales y el ejercicio del dominio sobre sus bienes, encuentran límites y obligaciones legítimas, impuestos por la ley en cumplimiento de lo previsto en la Carta Política a propósito de las exigencias derivadas de la función social de la propiedad. Precisamente, entre tales delimitaciones aparece, al tenor del artículo 19, N° 24, inciso segundo, de la Constitución, cuanto exija la salubridad pública, es decir, lo que sea bueno para la salud de sus habitantes;

TRIGESIMOCTAVO. Que, en semejante orden de ideas, habiéndoles reconocido el Poder Constituyente a las Instituciones de Salud Previsional, como manifestación del principio de subsidiariedad, la facultad de intervenir en el proceso de satisfacer el derecho constitucional a la protección de la salud de sus afiliados, en los términos contemplados en el precepto respectivo, ellas deben, siempre y en todo caso, procurar que los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, en especial aquél cuya satisfacción les ha sido reconocida y está amparada por la Carta Fundamental, no sean afectados en su esencia o menoscabados por la imposición de condiciones o requisitos que impidan su libre ejercicio, con sujeción a lo previsto en el artículo 19, N° 26, de la Carta Política;

TRIGESIMONOVENO. Que, como consecuencia de lo afirmado, cabe concluir que las normas que regulan el contrato de salud, sean legales o administrativas, deben ser interpretadas y aplicadas en términos de maximizar el disfrute real y pleno de los derechos que son consustanciales a la dignidad humana, entre ellos, el derecho social relativo a la protección de la salud, en los términos asegurados a todas las personas en el artículo 19, N° 9, de la Constitución, precepto que se erige en base constitucional y de orden público que informa, con calidad de ineludible e inafectable, toda convención de esa índole;

Llama poderosamente a la sola lectura de esta fundamentación, el esfuerzo hermenéutico y dogmático constitucional de anclaje ius-naturalista para compatibilizar los principios de constitucionalidad: supremacía, valor y eficacia normativa de la Constitución, con derechos sociales plenamente operativos, y el principio de subsidiariedad, con alguna aislada y sorprendente referencia al “Estado Social”. En este sentido el Tribunal sigue prisionero del techo ideológico de la Constitución de 1980: autoritario y neoliberal.

9.- Colofón del criterio hermenéutico constitucional y de la mencionada “fuerza normativa” de la Constitución es la argumentación relativa a la supremacía de los derechos “inherentes a la dignidad de la persona” sobre las convenciones de particulares, supremacía que impone límites a la autonomía de la voluntad y libertad contractual, para lo cual se recurre al plástico e indeterminado “orden público”. Tal “orden público” es fruto del rol cumplido por las Isapres, merced el “principio de subsidiariedad”, como colaboradoras del Estado en la procura del derecho a la protección de la salud. Precisamente éste es el salto más problemático que la sentencia hace, ya que conecta la “fuerza normativa” de la Constitución y de sus derechos fundamentales con la vinculación de privados y las convenciones celebradas por éstos como, a modo ejemplar para el caso, los contratos de salud previsional; salto dado para fundar la declaración de inaplicabilidad (considerandos 40° y 43°).

Los fundamentos jurídicos de la sentencia acerca de la “fuerza normativa” de la Constitución que se reproducen consignan:

CUADRAGÉSIMO. Que el deber de los particulares de respetar y promover los derechos inherentes a la dignidad de la persona persiste, inalterado, en las relaciones convencionales entre privados, cualquiera sea su naturaleza. Sostener lo contrario implicaría admitir la posibilidad de que, invocando la autonomía de la voluntad, tales derechos y, a su vez, la dignidad de la persona, pudieran ser menoscabados o lesionados en su esencia, interpretación que, a la luz de lo ya explicado, se torna constitucionalmente insostenible;

CUADRAGESIMOTERCERO. Que, por último, el derecho a la protección de la salud, en los términos en que se encuentra plasmado en el artículo 19, N° 9, de la Carta Fundamental, es, para estos efectos, la base constitucional y de orden público de todo contrato de salud,

con plena vigencia en el contexto de dicha convención, razón por la cual ésta no puede incluir cláusulas que desconozcan o aminoren tales derechos. Consiguientemente, estipulaciones de esa índole devendrían en inválidas por ser contrarias a la Constitución, efecto que tendría contemplar estipulaciones que, directamente o no, signifiquen que la contraparte quede, de facto, impedida de ejercer la plenitud de todos y cada uno de los atributos que le han sido asegurados en esa disposición suprema;

- 10.- A fin de hacer menos traumático el salto de la “fuerza normativa” de la Constitución a la vinculación de privados a ésta y sus convenciones, en la misma sentencia indaga en los basamentos constitucionales y de orden público que los contratos deben respetar. Para ello el contrato de salud previsional adquiere “jerarquía constitucional y de orden público”, por lo que el derecho fundamental a la protección de la salud y sus garantías de acceso libre e igualitario y libertad de elección de sistema, se plasman en tales contratos y exigen del Estado cautele tales garantías y garantice la ejecución de las acciones de salud, y coordine y controle tales acciones.

El hilo argumental de la sentencia admite la legitimidad de la tabla de factores elaborada por las Isapres para fijar precios a los planes de salud para grupos de personas, según edad, sexo y condición de carga o cotizante, y cuya estructura fija la Superintendencia de Salud mediante instrucciones, pero nuevamente da un salto para constitucionalizar los contratos de salud previsional y colegir la inaplicabilidad, a través de los fundamentos siguientes:

CUADRAGESIMOQUINTO. Que tal base constitucional, como se ha dicho, es de orden público, razón por la cual resulta irrenunciable y ha de ser incorporada en todo contrato de salud, desprendiéndose de ella los efectos siguientes:

- A) que la Constitución asegura a todas las personas, con certeza suma y legítima, el derecho a la protección de la salud a través de las acciones respectivas;
- B) que el Estado cautela el acceso libre e igualitario a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo;

- C) que al Estado le corresponde, además, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la protección de la salud;
- D) que es deber del Estado garantizar también la ejecución de tales acciones, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley; y
- E) que cada cotizante puede elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado.

Por supuesto, todas esas secuelas emanan de preceptos vinculantes sea para el Estado o con respecto a los particulares involucrados, como ya fue demostrado;

QUINCUAGESIMOSEXTO. Que el efecto de irradiación del texto, contexto y espíritu de la Constitución en el contrato celebrado entre la requirente y requerida en el caso concreto y singular sub lite significa que, tanto las normas legales como las administrativas o las estipulaciones contractuales, tienen que ser interpretadas y llevadas a la práctica en armonía con el reconocimiento y tutela del derecho a la protección de la salud, asegurado en aquélla;

QUINCUAGESIMOSÉPTIMO. Que, consiguientemente, no cabe sino concluir que toda facultad que por ley se otorgue a las Isapres de fijar libre o discrecionalmente un factor para incorporarlo a dichas contrataciones debe suponerse siempre limitada por los valores, principios y disposiciones constitucionales, deducción lógica que, si fuera desconocida o ignorada, sería equivalente a quebrantar el valor de la supremacía que singulariza a la Constitución;

QUINCUAGESIMONOVENO. Que, en el ejercicio de la facultad legal señalada en el razonamiento anterior, la Isapre debe observar, entre otros atributos afines asegurados a la requirente, el derecho a la libre elección del sistema de salud, público o privado, al que ella resuelva acogerse. Esta obligación implica que, durante la vigencia del contrato pertinente, el afiliado no sufra cambios unilateralmente decididos en las estipulaciones pactadas, al punto que impidan al cotizante perseverar en él, darle término, optar por otra Isapre o trasladarse de sistema;

SEXAGESIMOPRIMERO. Que la evolución de los factores de edad y sexo en el ciclo vital de la requirente, consultada en la tabla incorporada a su contrato de salud, representa una diferencia que, si bien está justificada en cuanto a su existencia en condiciones objetivas y generales de riesgo, no lo está en lo relativo a su magnitud, la que

oscila desde el factor 1,00 al factor 4,00, facultando así a la Isapre para cuadruplicar el valor del plan de salud pertinente. Esta circunstancia, al cumplir la requirente sesenta años de edad, le ha irrogado un alza del factor 3,00 a 3,50 y el aumento, ya señalado, del precio base de su plan de salud. Deviene insostenible, en consecuencia, argumentar que, en la especie, haya sido respetada la proporcionalidad de las prestaciones que exige un contrato válidamente celebrado. Este, por mandato de la Constitución y con sujeción a lo ya demostrado, debe siempre tender a maximizar el goce del derecho a la protección de la salud y no a dejarlo sin vigencia efectiva, v. gr., al impedir que el cotizante mantenga el régimen privado de atención al cual había resuelto acogerse;

SEXAGESIMOSEGUNDO. Que, en el caso concreto y singular sub lite, al no estar justificada la magnitud de la diferencia resultante de la aplicación de los factores asignados a la tabla, incorporada al contrato de salud de la requirente de autos, en función del rol que han de servir las Instituciones de Salud Previsional, debe concluirse que se trata de una facultad cuyo ejercicio permite incurrir en discriminación infundada o distinción carente de justificación razonable y, en esa medida, arbitraria. Aunque amparada en el texto del precepto legal impugnado en esta litis precisa, se torna evidente que tal disposición lesiona la esencia de la igualdad entre las partes asegurada por el artículo 19, N° 2, de la Constitución;

SEXAGESIMOTERCERO. Que, sin perjuicio de lo recién aseverado, es también base constitucional y de orden público del contrato de salud la prevista en el artículo 19, N° 9, de la Carta Política, cuyo inciso final reconoce el derecho de la requirente a elegir el sistema de salud al que desea acogerse. Acorde con la idea de sistema coherente de valores, principios y preceptos ya expuesta, deviene irrefutable que todas las cláusulas del referido contrato deben orientarse a materializar el goce real y legítimo de dicho derecho, más todavía si el afiliado envejece y, a raíz de ello, sube considerablemente el factor respectivo, lo cual repercute en el mayor costo de su plan de salud. Con ello, lejos de permitir el acceso a las prestaciones correlativas, las dificulta y, en el caso extremo, cuando el afiliado no puede seguir pagando el nuevo costo del plan, cual sucede en la causa aquí decidida, queda obligado a abandonar el sistema privado de salud que había escogido para incorporarse al equivalente público. Obviamente, el hecho descrito significa que el afectado se halla impedido de ejercer tales derechos,

a pesar de estarle asegurados por la Constitución en cualquier tiempo y circunstancia;

SEXAGESIMOQUINTO [sic]. Que lo señalado en el razonamiento anterior se manifiesta particularmente en el caso sub lite, pues la libertad de elegir el sistema de salud al que se desea estar afiliado queda restringida o impedida si, como en el caso de la señora Peña Wasaff, se está frente a una cotizante cuya situación previsional es desmedrada, producto de las inestabilidades que experimentó durante su vida laboral activa, tal como ella lo argumenta en estrados. Así, la aplicación del factor específico objetado en este caso a otro caso diferente, desde el punto de vista previsional, puede no provocar la lesión al derecho fundamental en la protección de la salud que ha sido constatada en estos autos;

- 11.- Finalmente, la sentencia acoge el requerimiento sólo en cuanto la tabla de factores contemplada en el artículo 38 ter de la Ley de Isapres incorporada al contrato de salud previsional, para determinar el costo del plan de salud, es inaplicable. Tal decisión es fruto de saltos argumentales, realizados a partir de una hermenéutica y dogmática constitucional, que lastrando una adscripción teórica iusnaturalista anclada en la vieja noción del “sistema material de valores”, incurre en un notorio “fetichismo constitucional” bajo pretexto de la manida “fuerza normativa” de la Constitución.

En el fondo la sentencia del Tribunal Constitucional, a mi juicio innecesariamente, para armar el control concreto de constitucionalidad en sede de inaplicabilidad a partir de identificar los extremos fácticos, constitucionaliza el contrato de salud previsional, disponiendo como un tribunal del fondo, un tribunal de amparo ordinario de derechos fundamentales vía recurso de protección.

- 12.- De esta manera, nuevamente el Tribunal Constitucional al ejercer el control concreto de normas, decide como un tribunal de amparo, transformando el recurso de inaplicabilidad en un seudo-amparo bajo el pretexto de dotar de “fuerza normativa” al Derecho de la Constitución, al derecho subjetivo público de la Constitución.

Finalmente, no deja de ser una paradoja que la disidencia de los ministros señores Colombo Campbell, Correa Sutil y Bertelsen Repetto, igualmente se estructure argumentalmente como

una sentencia en proceso de amparo, reservando al margen de discreción legítima del legislador a sumarios fundamentos jurídicos, destacando el siguiente:

- 14°. Que los particulares que proveen un bien o servicio que resulta, como el de la especie, esencial para el goce de un derecho constitucional, están obligados a hacerlo en conformidad a la ley. El legislador está llamado a regular estas actividades económicas de manera más intensa que otras a fin de asegurar los derechos del consumidor y particularmente el goce de sus derechos fundamentales. En la especie, el legislador lo ha hecho. Precisamente el artículo 38 ter limita la autonomía de la voluntad de la parte poderosa en este contrato, estableciendo reglas precisas para la determinación del precio del contrato;
- 15°. Que, a no dudar, estas regulaciones legislativas son siempre perfectibles, pero esa es tarea del legislador y no de los jueces. A los encargados del control constitucional de las normas nos corresponde invalidar o inaplicar esas regulaciones legales cuando las existentes violan la Constitución, y las impugnadas, según creemos haber demostrado, no lo hacen. A juicio de estos disidentes, no es tarea de esta Magistratura enjuiciar cuán equitativo resulta que los particulares produzcan y provean bienes esenciales, tampoco que el legislador haya decidido que el sistema privado de Isapres, siempre voluntario para el usuario, no contenga reglas de solidaridad, más allá de la típica de los seguros. El alza que produce en los costos de salud el envejecimiento de las personas es un hecho inevitable. Así, no estamos llamados por esta vía a juzgar la sabiduría del resultado que han producido tales opciones políticas y hechos inevitables, cual es que el legislador, dentro de ciertos márgenes, permita al proveedor de seguros de salud alzar los precios de ellos sin consentimiento de su contraparte. Todas esas decisiones ya fueron adoptadas por el legislador, quien autorizó expresamente a esas entidades a subir esos precios, sin la voluntad del afiliado. Consta en el debate de la ley impugnada que, para decidir del modo en que lo hizo, tuvo presente un conjunto de consideraciones relativas a la variación de los costos de la salud, mercados de seguros y desarrollo nacional, que corresponden típicamente a un análisis de mérito que el sistema democrático que nos rige radica en el legislador y que este

Tribunal no está llamado a revisar y menos a sustituir. Tampoco está llamado este Tribunal a juzgar si las específicas alzas que ha padecido la requirente se ajustan o no a la ley, pues ello es tarea de los jueces del fondo;”

Con tales sumarios argumentos de la disidencia, la conclusión acerca del desarrollo legislativo de la Constitución o de derechos fundamentales, es un vaciamiento o desconstitucionalización vía legislativa. Es menester tener presente que, aun prescindiendo de la muy metafísica garantía de contenido esencial de derechos del artículo 19 N° 26 de la Constitución, el control de constitucionalidad del desarrollo legislativo de derechos fundamentales importa medir la reserva legal a la luz de ciertos estándares garantísticos y de racionalidad de la producción de normas legislativas.

III.- CONCLUSIONES

La sentencia del Tribunal Constitucional antes comentada críticamente, es la primera sentencia sobre derechos económicos, sociales y culturales, y antes de ella la jurisprudencia constitucional era terreno feraz de los derechos civiles, en especial de contenido patrimonial, lo que no es casual dado que el Tribunal es una pieza del arreglo institucional de la Constitución de 1980 con su carga autoritaria y neoliberal, y además es un enclave autoritario primero, y más tarde una institución contramayoritaria. Incluso más, antes de la reforma constitucional de 2005 en que el control de constitucionalidad del Tribunal se limitaba al control abstracto, toda la abundante y sinuosa jurisprudencia acerca de la relación ley - reglamento está marcada por la delimitación de competencias normativas a la luz de los derechos fundamentales de contenido patrimonial y sus garantías.

El control concreto de constitucionalidad incorporado a la competencia del Tribunal Constitucional por la reforma constitucional de 2005, no sólo ha transformado a esta Judicatura, estableciendo nuevas relaciones con el Poder Judicial, sino que además abre aún tímidamente el control concreto a un pseudo-amparo constitucional extraordinario de derechos.

Hemos de concluir esta ponencia en el panel relativo a derechos sociales retomando una verdadera paradoja: abordar la jurisprudencia

constitucional reciente acerca de los derechos económicos, sociales y culturales emanada del Tribunal Constitucional tropieza con dos rasgos característicos de nuestra Constitución, no casual dado su origen autoritario y neoliberal, una debilidad normativo-estructural y una debilidad positivo-procesal de la recepción iusfundamental (reconocimiento y garantía) de estos derechos en nuestro país y por ello, junto a la lectura y hermenéutica finalista, evolutiva y progresiva de la Constitución reformada, no debemos prescindir de una perspectiva de *Constitutione ferenda*, una mirada de futuro o por-venir conducente a superar tal debilidad normativo-estructural y debilidad positivo-procesal, y que aquilate en la fórmula del Estado Social.

Por lo demás el difícil camino seguido por los Pactos de ONU de 1966, y que provocó un divorcio entre derechos civiles y políticos por una parte, y derechos económicos, sociales y culturales por otra, debidamente documentado (A. García Morales), y que se proyecta hasta hoy a propósito de los mecanismos y órganos de protección internacional, dan cuenta de las dificultades de armonizar o unir los derechos humanos, en la perspectiva de un consenso ético universal, más allá de las visiones ideológicas y teorías-metateorías. Asimismo se hace necesario descartar definitivamente el uso de una aproximación teórico-dogmática que reduce los derechos fundamentales a derechos subjetivos o a la necesaria justiciabilidad de éstos, por una parte, y la reducción de derechos económicos, sociales y culturales a una “segunda generación” de derechos devaluados, poniendo de relieve que la componente prestacional no es exclusiva de este tipo de derechos y que estos derechos sociales no son homogéneos (Baldassarre), admitiendo un abordaje de su “naturaleza jurídica” que dé cuenta de su complejidad, la que se trasunta en fijar el alcance preciso de su eficacia y valor jurídico¹⁰.

¹⁰ García Morales, Aniza F: “La Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”. Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, págs. 14-19; 26-31. También sobre escenario internacional de la Declaración Universal de los Derechos Humanos e instrumentos posteriores consultar el libro de Antonio Cassese: “Los derechos humanos en el mundo contemporáneo” (trad. A. Pentimalli M. - B. Ribera de Madariaga) Edit. Ariel, 1ª edic. 1991, 1ª reimp., Barcelona, 1993, págs. 36-54. El excelente libro de Antonio Baldassarre analiza críticamente la naturaleza de los derechos sociales en su conexión con el Estado social y la distinción entre libertades sociales, derechos “incondicionados” y derechos “condicionados”, en: “Los derechos sociales” (Presentación L. Villar Borda y trad. S. Perea L.) Edita Universidad del Externado de Colombia, Colombia, 2001, págs. 183- 207.

En suma, esta conclusión de *Constitutione ferenda* está unida a la necesidad de una mirada o aproximación de por-venir o futuro, que exige plantear un discurso político constitucional coherente con miras a la Constitución del Bicentenario, en que el consenso en torno a las “reformas de segunda generación” se verifique en la sociedad política y sociedad civil, en el seno de los partidos y del Poder Constituyente derivado, de suerte que el quórum extraordinario del iter *Constitutione* no opere como mecanismo contramayoritario de bloqueo para poner a salvo del poder democrático a los derechos individuales o clásicos, sino sólo como mecanismo contramayoritario en función del pacto político que subyace a la Constitución democráticamente gestada.

Pero, debemos cerrar esta ponencia con una segunda paradoja: la Constitución Económica y Social de filiación ideológica neoliberal en su origen se ha abierto paulatinamente merced el ciclo de reformas constitucionales iniciado en 1989, por lo que hoy, a pesar de la debilidad normativo-estructural y debilidad positivo-procesal, admite una lectura y hermenéutica finalista, evolutiva y progresiva, que le confiere a las normas acerca de derechos fundamentales de contenido económico social (y a las normas de principio) todo su valor normativo y eficacia normativa abriendo el modelo de Estado, y de relaciones economía-sociedad civil al Estado Social o solidario.

Lo anotado confluye a un orden político institucional y económico social favorable a los derechos económicos, sociales y culturales y un nuevo modelo de Estado. Es un orden concreto de cosas en que el desarrollo infraconstitucional de derechos fundamentales y políticas públicas hacen posible una red de protección social universal en relación a algunas necesidades públicas, red de protección orientada con limitaciones al asentamiento del Estado de Bienestar¹¹.

Para concluir es menester consignar que tratándose de la primera sentencia del Tribunal Constitucional sobre derechos sociales la antes comentada, es loable la apertura de esta Magistratura a conferirle un grado de justiciabilidad a estos derechos, derechos precisamente deficitarios en este campo, y que se proyecta al control concreto de

¹¹ Es muy útil el reciente libro del joven profesor Jaime Bassa Mercado “El Estado Constitucional de Derecho. Efectos sobre la Constitución vigente y los Derechos Sociales”, Lexis Nexis, Santiago, 2008, y de la tesis de maestría del colega Gabriel Celis: “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Interpretación Constitucional”, Revista del Magíster y Doctorado en Derecho N° 1, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2007, pp. 43-74.

constitucionalidad. Sin embargo, la anudación entre la Constitución como subsistema de normas iusfundamentales revestidas de supremacía y dotadas de valor y eficacia normativa, con un contrato de salud previsional constituye un salto argumental traumático y a nuestro juicio digno de una crítica. Primero porque tal anudación reflejada en el decimum de la sentencia es innecesaria para la inaplicación del precepto legal impugnado (artículo 38 ter de la Ley de Isapres), reflejando la argumentación o ratio decidendi no sólo un escoramiento iusnaturalista sino de un acentuado “fetichismo constitucional”, y segundo porque compete a los tribunales superiores de justicia en sede de protección determinar la antijuridicidad lesiva de derechos fundamentales de la modificación del costo o precio del plan de salud otorgado en el marco del contrato de salud previsional, todo lo cual es propio del proceso de amparo de estos derechos¹².

Por lo demás en diversas sentencias de los tribunales superiores de justicia dictadas en recursos de protección en materia sanitaria, la tutela de amparo opera por la vía de la indivisibilidad de derechos: derecho a la vida, integridad física y psíquica del artículo 19 N° 1 de la Constitución revestida de la tutela diferenciada del amparo y derecho a la protección de la salud del artículo 19 N° 9 de la misma Carta, desprovista de esta tutela excepto en relación al derecho a elegir el sistema de salud. En la nutrida jurisprudencia de amparo los conflictos cotizante-Isapre por modificación de precio del plan de salud, son resueltos por los tribunales superiores de justicia por la vía de constatar que la modificación de precios de los planes por Isapres se fundamente en un cambio efectivo y variable del valor de las prestaciones médicas, en razón de variación sustancial de costos, para asegurar la equivalencia de las obligaciones del contrato de salud previsional, sometiendo así la facultad de la institución privada a un estándar de razonabilidad y justicia que asegure el equilibrio de las prestaciones (Sentencia Corte Suprema Rol N° 3902-2007, ídem Sentencia Rol N° 4321-2002). El abordaje de esta doctrina jurisprudencial acerca del derecho a la protección de la salud en recursos de protección se hará en otro lugar.

Nuevamente el Tribunal Constitucional en sede de inaplicabilidad transforma anómalamente el control concreto de constitucionalidad,

¹² Un agudo y breve comentario a esta sentencia del joven profesor Cristián Viera Álvarez en “La Semana Jurídica” N° 379, Año VIII, 6 al 19 de agosto de 2008.

dada su ligazón a los extremos fácticos de la gestión que sirve de presupuesto procesal, en un seudo amparo-constitucional extraordinario de derechos fundamentales con el efecto explícito revocatorio o supercasatorio de sus sentencias.

La aludida transformación anómala del control concreto de constitucionalidad en un seudo-amparo extraordinario es una fuente potencial inagotable de conflictos de poder (competencia y decisiones) entre Judicaturas, poniendo en tensión, paradójicamente, el caro principio de separación de poderes.

LA MEDIACIÓN EN SALUD Y EL ACCESO A LA JUSTICIA

María José Gutiérrez Araque¹

RESUMEN: *El artículo analiza el presupuesto de procesabilidad denominado Mediación en Salud, desde la perspectiva de las funciones institucionales o públicas, partiendo con la definición legal y sus requisitos de procedencia, analizando someramente su naturaleza jurídica, así como los órganos intervinientes y procedimiento, para finalmente hacer una vinculación con el Derecho Constitucional de Acceso a la Justicia.*

DESCRIPTORES: *Acceso a la Justicia - Administración del Estado - Mediación en salud - Responsabilidad sanitaria de la Administración del Estado.*

SUMARIO DE CONTENIDOS: *1. Marco Normativo. 2. Responsabilidad Sanitaria de la Administración del Estado. 3. La Mediación. 3a. Naturaleza Jurídica. 3b. Órganos Intervinientes. 3c. Procedimiento de Mediación. 3d. Materias Sometidas a Mediación. 4. El Libre Acceso a la Justicia. 5. Limitación a la Garantía del Libre Acceso a la Justicia. Conclusiones Finales. Bibliografía.*

ABSTRACT: *From the perspective of public functions, the author analyses the requirement that medical malpractice cases go through a*

¹ MARÍA JOSÉ GUTIÉRREZ ARAQUE. Abogado y Magister en Derecho Público de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Avenida Brasil N° 2.950, Valparaíso, cotesen@hotmail.com.

mediation process. She begins by defining both health mediation and its requirements and the intervening bodies and procedures. She then poses the question of whether mandatory mediation is in conflict with an individual's constitutionally-guaranteed right to legal access.

KEYWORDS: *Administration of the State - Health mediation - Legal Access - Public healthcare responsibilities*

SUMMARY OF CONTENTS: *1.- General regulations. 2.- The State's healthcare responsibilities. 3.- Health Mediation. 3.a.- Legal nature. 3.b.- Intervening bodies. 3c.- Mediation procedure. 3d.- Matters submitted to mediation. 4.- Legal Access. 5.- Limitations to the guarantee of Legal Access. Final conclusions. Bibliography.*

1. MARCO NORMATIVO

- I. Nuestra Constitución Política de la República, en su artículo 19 N° 9 asegura a todas las personas *el derecho a la protección de la salud, quedando el Estado obligado a proteger el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.* Señala a continuación, que al Estado le corresponderá la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud. Y, finalmente, que 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 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.
- II. Por su parte, el artículo 1° de la Ley N° 18.469 que regula el ejercicio del Derecho constitucional a la Protección de la Salud y crea un Régimen de Prestaciones en Salud, señala que dicho derecho comprende *el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y a aquellas que estén destinadas a la rehabilitación del individuo, así como la libertad de elegir el sistema de salud estatal o privado al cual cada persona desee acogerse.*
- III. Concordante con lo anterior, la Ley N° 19.966 de 2004, que establece un Régimen de Garantías en Salud, que forma parte del

régimen de prestaciones en salud creado por la Ley N° 18.469, señala en su artículo 1° que dicho régimen general establecerá las prestaciones de carácter promocional, preventivo, curativo, de rehabilitación y paliativo, y los programas que el Fondo Nacional de Salud deberá cubrir a sus respectivos beneficiarios, en su modalidad de atención institucional. Asimismo, en su artículo 2° señala que el referido régimen contendrá, además, garantías explícitas en salud relativas al acceso, calidad, protección financiera y oportunidad con que deben ser otorgadas las prestaciones.

- IV. Por su parte, el Decreto Ley N° 2763 de 1979, que reorganiza el Ministerio de Salud y crea los Servicios de Salud, señala en su artículo 1° que *al Ministerio de Salud y a los demás organismos que contempla la presente ley, compete ejercer la función que corresponde al Estado de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación de la persona enferma; así como coordinar, controlar y, cuando corresponda, ejecutar tales acciones.*

Del análisis de las disposiciones transcritas, vemos que la Salud es un derecho (fundamental) del que goza cada uno de los individuos que forman parte de nuestra sociedad, y que por ende es merecedor de protección y resguardo por parte del Estado. Sin embargo, partiendo del supuesto que actualmente nos encontramos frente a un sistema de Justicia que se encuentra prácticamente colapsado, lento y que en muchas ocasiones no logra satisfacer los intereses de quienes ponen en marcha estos mecanismos, se ha intentado, por diversas vías, buscar una forma de atender a ciertos reclamos de los particulares por vías alternativas a los Tribunales de Justicia, que intentan dar solución a los conflictos ocasionados, y que vulneran estos derechos.

Es el caso de los daños ocasionados por la Administración del Estado o sus funcionarios, en el cumplimiento de sus funciones de otorgamiento de prestaciones de carácter asistencial, que, si bien no se encuentran sometidos a un régimen especial de resolución de conflictos, sí se establece un requisito previo o presupuesto necesario para dar curso a cualquier reclamo que se pretenda realizar por la vía jurisdiccional.

En el presente trabajo, analizaré precisamente este presupuesto de procesabilidad denominado Mediación en Salud², desde la perspectiva de las atenciones institucionales o públicas, partiendo con la definición legal y sus requisitos de procedencia, analizando someramente su naturaleza jurídica, así como los órganos intervinientes y procedimiento, para finalmente hacer una pequeña vinculación con el Derecho Constitucional de Acceso a la Justicia, a fin de determinar, mediante el análisis de elementos doctrinarios y algunos escasos fallos de nuestros Tribunales de Justicia, si este último se vulnera con la mediación obligatoria, o si por el contrario, mantiene su plena vigencia como pilar fundamental del Estado de Derecho.

Para lo anterior, primeramente haré un breve esbozo acerca de las disposiciones constitucionales y legales que regulan la responsabilidad de la Administración del Estado, en el ámbito de las prestaciones asistenciales.

2. RESPONSABILIDAD SANITARIA DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

Como primera cuestión, es necesario hacer una precisión respecto del ámbito de aplicación de este tipo de responsabilidad de la Administración del Estado, básicamente por cuanto nos encontramos con la existencia de centros asistenciales que, si bien efectúan prestaciones de salud, éstos, al no formar parte de las redes asistenciales de los Servicios de Salud, quedan al margen de la responsabilidad que en este apartado se pretende examinar.

En efecto, de acuerdo a lo que dispone el Decreto Ley N° 2.763 de 1979, en su artículo 1°, compete al Ministerio de Salud y a los demás organismos que contempla la presente ley, ejercer la función que corresponde al Estado de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de

² Así lo ha establecido la Corte de Apelaciones de Concepción, en Sentencia Rol N° 2.903 de 2005, caratulada “Ana Luz Montes Espinoza con Servicio de Salud Concepción”, al señalar en su considerando 18 que el procedimiento de mediación que regula dicha Ley (N° 19.966 de 2004), es un requisito que tiene el carácter de imperativo y previo a la interposición de la demanda, constituyendo un presupuesto procesal para poder ejercer la acción jurisdiccional posterior (Nota del editor: Esta resolución se encuentra firme o ejecutoriada).

rehabilitación de la persona enferma; así como coordinar, controlar y, cuando corresponda, ejecutar tales acciones.

Por su parte, señala el artículo 2° del referido cuerpo normativo, que para los efectos de la presente ley, integran el sector salud todas las personas, naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que realicen o contribuyan a la ejecución de las acciones mencionadas en el artículo 1°.

Las personas naturales o jurídicas, públicas y privadas que laboran en salud coordinadamente, dentro de los marcos fijados por el Ministerio de Salud para el cumplimiento de las normas y planes que éste apruebe, constituyen el Sistema Nacional de Servicios de Salud, en adelante el Sistema.

Asimismo, el artículo 16 del citado cuerpo legal, señala que los Servicios de Salud coordinadamente tendrán a su cargo la articulación, gestión y desarrollo de la red asistencial correspondiente, para la ejecución de las acciones integradas de fomento, protección y recuperación de la salud y rehabilitación de las personas enfermas.

Finalmente, el artículo 16 bis del referido Decreto Ley, señala que la Red Asistencial de cada Servicio de Salud estará constituida por el *conjunto de establecimientos asistenciales públicos que forman parte del Servicio, los establecimientos municipales de atención primaria de salud de su territorio y los demás establecimientos públicos o privados que suscriban convenios con el Servicio de Salud respectivo*, conforme al artículo 2° de esta ley, los cuales deberán colaborar y complementarse entre sí para resolver de manera efectiva las necesidades de salud de la población.

Del análisis de las disposiciones recién citadas, vemos que al hablar de responsabilidad sanitaria de la Administración del Estado, nos estamos refiriendo sólo a aquellos centros de salud que forman parte de las redes asistenciales cuya articulación y control corresponde a los Servicios de Salud (como organismos autónomos con personalidad jurídica y patrimonio propios), esto es, Hospitales Públicos, establecimientos municipales de atención primaria de salud (Consultorios), y demás establecimientos, sean públicos o privados, que hayan suscrito convenio con el respectivo Servicio de Salud, para el otorgamiento de dichas prestaciones. Por tanto, no se aplica respecto de entes tanto privados como públicos que no han celebrado convenio con el respectivo Servicio de Salud, o que no forman parte de la respectiva red asistencial.

Respecto de estos últimos, la responsabilidad puede provenir del incumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato, que puede producir perjuicios al otro contratante, acreedor de la obligación infringida, que se denomina responsabilidad contractual, y se basa en el incumplimiento de las obligaciones que emanarían del contrato de hospitalización o de asistencia sanitaria. En este sistema se presume la culpa del demandado (artículo 1547 del Código Civil).

También puede resultar dicha responsabilidad de la perpetración de un hecho ilícito que ha provocado daño, ya sea intencionalmente, o bien por descuido o negligencia, es decir de la comisión de un delito o cuasi delito, llamada responsabilidad delictual, aquiliana o extracontractual³. Está reglamentada en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil, y se basa en el incumplimiento de los deberes generales de diligencia y cuidado, no contenidos en ninguna norma escrita, pero exigibles a todos los sujetos por el hecho de vivir en sociedad.

No obstante las diferencias formales y técnicas entre estas dos clases de responsabilidad civil, en la práctica se resuelven a través de una demanda de indemnización de perjuicios ante el Tribunal competente con el fin de obtener la reparación de los daños causados al paciente víctima de mala práctica médica.

Desde otra perspectiva, cabe hacer una mención relativa a aquellos supuestos en que los centros asistenciales pertenecientes a las redes asistenciales de los Servicios de Salud, celebran convenios que facultan a los médicos que cumplen funciones en dichos establecimientos, para realizar prestaciones a pacientes particulares no beneficiarios de la Ley N° 18.469, o bien, a pacientes que, beneficiarios de esta última, opten por la modalidad de Libre Elección. En estos supuestos, se aplica la Norma General Administrativa N° 2 aprobada por Resolución Exenta N° 550 de 1992 del Ministerio de Salud, que en síntesis establece la existencia de un convenio suscrito entre el profesional y el respectivo Servicio de Salud, en que se autoriza por éste último la utilización de las dependencias e instalaciones del establecimiento asistencial para la atención de los pacientes particulares de aquél, con los cuales

³ LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA, publicación DEPESEX/BCN/SERIE ESTUDIOS AÑO XIII, N° 277, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones, Junio de 2003, p. 3.

se produce un vínculo contractual entre el profesional y el paciente, desvinculando al Servicio de cualquier responsabilidad que pudiere surgir por daños ocasionados a dichos pacientes.

Así lo establece expresamente la referida normativa, cuando en su artículo III. 1. señala que los pacientes particulares se hospitalizan en estos centros asistenciales, bajo la responsabilidad del respectivo profesional por una parte, y excluyendo al establecimiento asistencial de la posibilidad de intervenir en la regulación de los honorarios que corresponda por la atención prestada. En este caso por tanto, se aplican las disposiciones arriba citadas en materia de responsabilidad civil, sea contractual o extracontractual, dependiendo del supuesto en que nos encontremos.

Aclarado lo anterior, pasemos a revisar someramente las disposiciones constitucionales y legales que permiten estructurar la responsabilidad de la Administración del Estado, desde la perspectiva de las atenciones públicas de salud.

En primer término, cabe señalar que nuestra Constitución Política de la República, en su artículo 38 inciso 2° señala que *“cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los Tribunales que determine la Ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”*.

Por su parte, el artículo 4° de la Ley 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado establece que *“el Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”*.

Asimismo, la citada Ley N° 18.575, dispone en su artículo 42 que *“los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”*.

Cabe señalar a este respecto que ya en materia específica de salud, el artículo 3° de la Ley N° 18.469 (que regula el ejercicio del derecho a la Salud), señala que los organismos que integran el Sistema Nacional de Servicios de Salud *son responsables de la ejecución de las acciones que tiendan a asegurar la salud de los habitantes de la República*.

Y, por su parte, la Ley N°19.966 que crea un Régimen de Garantías en Salud, en su artículo 38, señala que los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria, *serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio; debiendo el particular acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, mediando dicha falta de servicio.*

Señala la Ley sin embargo, que no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producirse aquéllos (artículo 41 inciso 2°).

Por su parte, el artículo 11 de la Ley N° 18.469, así como el artículo 44 inciso 3° del Decreto Supremo N° 369 de 1985, que establece el Reglamento del Régimen de Prestaciones en Salud contemplado en la Ley N° 18.469, disponen: “*Las prestaciones médicas se otorgarán con los recursos físicos y humanos de que disponga cada establecimiento. No obstante, con el fin de lograr una atención adecuada del beneficiario, los establecimientos podrán complementar sus prestaciones con las de otros, de acuerdo con el nivel de complejidad que se requiera*”.

Teniendo por tanto a la vista el conjunto de disposiciones constitucionales y legales que regulan la responsabilidad del Estado en materia de salud, tanto desde una perspectiva general como particular, debemos preguntarnos de qué manera entonces responde la Administración del Estado por los daños que causen a particulares por falta de servicio, partiendo de la base que la regla aplicable (por disposición expresa) en este punto es la falta de servicio, en que el reclamante deberá probar el mal funcionamiento del servicio, el funcionamiento tardío o el no funcionamiento del mismo, que esta acción u omisión defectuosa haya provocado un daño al usuario o beneficiario del servicio público de que se trata y, finalmente, que la falla en la actividad del órgano administrativo haya sido la causa del daño experimentado⁴.

Dicha pregunta en principio debiera resolverse a través de los mecanismos establecidos en la Constitución y las Leyes, esto es, mediante la respectiva acción ante los Tribunales Ordinarios de Justicia. Sin embargo, tomando como referencia que la función jurisdiccional,

⁴ Sentencia Corte Suprema Rol N° 1976 de 2007, caratulada Hidalgo con Servicio de Salud Valparaíso - San Antonio.

desde un punto de vista práctico, no pretende dar una solución a cada conflicto que se presente, sino más bien velar por el cumplimiento de la legalidad y tutelar los derechos conculcados, podríamos concluir que la obligatoriedad de recurrir a la Mediación no está garantizando propiamente los derechos y garantías establecidos en la Constitución y las leyes, tales como el debido proceso, sino que por el contrario, esta institución pretende más bien dar solución al conflicto producido, obteniendo con ello la satisfacción de las pretensiones del o los reclamantes.

Por otro lado, algunos señalan que hay ciertos derechos que admiten ser resueltos a través de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, y que sólo quedarían vedados aquellos de interés público y los Derechos Fundamentales. Pero, partiendo de la base que el derecho a la Salud, es precisamente un derecho fundamental, tanto desde su perspectiva subjetiva como objetiva, desde esta perspectiva estaría vedada la posibilidad de recurrir a Mediación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos. Entonces, ¿de qué manera resolvemos la existencia de la mediación como presupuesto obligatorio para poder recurrir ante los Tribunales de Justicia?

3. LA MEDIACIÓN

La Mediación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, definido en el artículo 43 inciso 3 de la Ley N° 19.966 de 2004, que establece un Régimen de garantías en Salud, como “*un procedimiento no adversarial que tiene por objetivo propender a que, mediante la comunicación directa entre las partes y con intervención de un mediador, ellas lleguen a una solución extrajudicial de la controversia*”.

Para lo anterior, y sólo con la finalidad de esbozar una idea general al respecto, mencionaré que el interesado deberá presentar su reclamo ante el Consejo de Defensa del Estado, con indicación del nombre completo, cédula de identidad, edad, profesión u oficio, domicilio y demás antecedentes que permitan su identificación y la de su representante legal en su caso.

Señala la Ley en su artículo 45 que el plazo total para dicho procedimiento será de 60 días corridos a partir del tercer día de la primera citación al reclamado, pudiendo dicho plazo, previo acuerdo de las partes, ser prorrogado hasta enterar 120 días como máximo.

Finalmente, cabe señalar que durante el plazo que dure la Mediación se suspende el término de la prescripción, tanto de las acciones civiles como de las criminales a que hubiere lugar.

3A. NATURALEZA JURÍDICA DE LA MEDIACIÓN:

Tal como señala el artículo 53 de la Ley N° 19.966 que establece un Régimen de Garantías en Salud, el acuerdo al que se llegue en el procedimiento de Mediación produce los efectos de un contrato de transacción.

La transacción es un contrato mediante el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, ponen fin a un litigio pendiente, o precaven uno eventual (artículo 2.446 del Código Civil). Es así, como siendo un contrato, la transacción es creadora de derechos y obligaciones para las partes, aunque normalmente produce el efecto de extinguir obligaciones (artículo 1.567 N° 3 del Código Civil).

Por su parte, sabemos que la transacción constituye un equivalente jurisdiccional, esto es, “un acto que sin haber emanado de la jurisdicción de nuestros tribunales de justicia, equivale a los efectos que produce una sentencia para la solución de un conflicto”.

En el caso de la Mediación en salud, estamos claramente frente a un procedimiento que puede dar lugar, en caso de ser procedente y haber acuerdo entre las partes, a un contrato de transacción, en que ambas partes (reclamante y reclamado) participan en igualdad de condiciones para fijar por iniciativa propia, o excepcionalmente con la ayuda del mediador, los términos de un acuerdo que ponga fin al conflicto que nace cuando la Administración del Estado o sus funcionarios, no han cumplido sus funciones de otorgamiento de prestaciones de carácter asistencial, y a consecuencia de ello se ha producido un daño.

Sin perjuicio de lo anterior, es dable pensar que realmente no existiría una igualdad de condiciones entre las partes, por cuanto estamos frente a un conflicto que se “soluciona” entre un particular y el Estado, actuando como mediador un funcionario que también forma parte del aparato estatal.

Y por otro lado, no debemos olvidar que en materia de salud, al acuerdo se le reconoce el valor de un contrato de transacción, que es ley para las partes, sin que en este caso exista una instancia objetiva de revisión (aprobación del Tribunal), como ocurre con la Mediación

ante los Tribunales de Familia, en que se concede al acuerdo ratificado por el Tribunal de Familia mérito de resolución judicial y adquiere igual valor que una sentencia, transformándose en un equivalente jurisdiccional de la misma.

A pesar de lo anterior, con la finalidad de mantener la objetividad e imparcialidad de este procedimiento, se estableció en la propia Ley una serie de resguardos, tales como que el Consejo de Defensa del Estado, a través del Consejo Consultivo, interviene aprobando la transacción (cuando se trate de sumas que superen las 1.000 Unidades de Fomento) constituyéndose en un filtro para los acuerdos abusivos, ya que se trata de un cuerpo colegiado, con doce miembros que aportan distintas visiones, y que es independiente del gobierno de turno, lo que le otorgaría plena imparcialidad⁵.

Por su parte, cabe señalar que existe un resguardo adicional constituido por la autorización del Ministerio de Hacienda, en aquellos casos en que la transacción supere el monto de 3.000 Unidades de Fomento. Sin embargo, pareciera ser que los resguardos recién mencionados, estarían más bien protegiendo o regularizando el actuar de la propia Administración del Estado, y no al particular reclamante, respecto del cual es irrelevante que el acuerdo al que se llegue en virtud del procedimiento de Mediación, sea aprobado o no con posterioridad a su celebración por un órgano superior, por cuanto lo que a éste último le interesa es solamente que se cumplan los términos del acuerdo materializado en el contrato de transacción suscrito.

Pero, desde otro punto de vista, la Mediación que se concreta como un contrato de transacción entre el Estado y los particulares, es, como su nombre lo indica, un contrato, que por ende siempre estará sujeto a la nulidad por vicios del consentimiento conforme a las reglas generales. Sin embargo, debemos hacer mención en este punto a lo que ocurre una vez celebrado el contrato de transacción y logrado el acuerdo, por cuanto sabemos que dicho contrato está sujeto a un trámite de aprobación posterior, dependiendo de los montos involucrados en él (1.000 ó 3.000 Unidades de Fomento), y que por ende da lugar a un

⁵ Al menos así se delimitó el tema en el Congreso Nacional, cuando la honorable senadora Matthei y la abogada del Consejo Sra. María Teresa Muñoz Ortúzar, en la Segunda Comisión de Salud, expusieron los fundamentos aludidos, siendo estos acogidos en la redacción final de los artículos pertinentes de la Ley N° 19.966.

procedimiento que lleva a efecto la Administración Pública a través del Consejo de Defensa del Estado, del respectivo Servicio de Salud (mediante la elaboración de la respectiva resolución aprobatoria), y del Ministerio de Salud, que podría adolecer de algún vicio, generando con ello la nulidad de dicho acto.

Sabemos que la Constitución Política de la República, en su artículo 7º consagra lo que conocemos como Nulidad de Derecho Público, la que se produce en términos generales cuando la Administración Pública no actúa a través de un órgano regularmente investido, dentro de su competencia o bien, en la forma que prescribe la Ley⁶. Faltando por tanto alguno de estos tres elementos, el acto carece de valor jurídico, situación que puede ser declarada por cualquier tribunal competente en cualquier momento, mediante el ejercicio de la acción de nulidad de derecho público, para así reafirmar el principio de juridicidad y, por ende, la supremacía jerárquica de la Carta Fundamental y las leyes respecto de las actuaciones de los órganos de la Administración⁷.

Otros vicios de procedimiento, o menores, podrían dar lugar a la convalidación del acto cuando no se afecte intereses de terceros (principio de conservación), pero si el vicio es esencial, o afecta intereses de terceros, la sanción constitucional es precisamente la nulidad⁸ de derecho público. Lo anterior, se encuentra expresamente regulado en el artículo 13 de la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo, que señala que la Administración podrá subsanar los vicios de que adolezcan los actos que emita, siempre que con ello no se afectaren los intereses de terceros, dando lugar así a la posibilidad de subsanar todo vicio de legalidad, salvo que el saneamiento implique afectar los derechos o intereses de terceros. Pensemos por ejemplo, en el caso que una transacción extrajudicial suscrita con un particular no se somete al trámite de aprobación posterior por el Consejo de Defensa del Estado.

⁶ Sin olvidar que para algunos autores la expresión “en la forma que prescribe la Ley”, significaría más bien una conformidad con el Ordenamiento Jurídico, permitiendo con ello incluir otras causales distintas de las tres que señala expresamente el artículo 7º de la carta fundamental, tales como los motivos y el objeto del acto (apuntes de clases de Magíster en Derecho Público del profesor EDUARDO CORDERO Q., de fecha 12 de diciembre de 2007).

⁷ Sentencia Corte Suprema Rol Nº 664 de 2007, caratulada “INP con Solís Cortéz, Roberto José y otro”.

⁸ Dorn Garrido, Carlos, “Ley Nº 19.880 y Nulidad de Derecho Público”. En: Actas de las Segundas Jornadas de Derecho Administrativo, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, p. 151.

En este caso, la actuación de la Administración no ha sido “en la forma que prescribe la Ley”, en los términos de la carta fundamental, sin embargo, el acto omiso no ha afectado intereses del particular reclamante, y por tanto, el procedimiento podría subsanarse en virtud del principio de conservación.

Desde otra perspectiva, e independiente de su naturaleza contractual, la transacción es un equivalente jurisdiccional, por cuanto de acuerdo al artículo 2460 del Código Civil, produce el efecto de cosa juzgada en última instancia. Lo anterior, implica que produce tanto acción como excepción de cosa juzgada, y por ello puede oponerse por vía de excepción para que se dicte un fallo por un tribunal en oposición a lo establecido en ella; y, en relación a la acción de cosa juzgada, sólo producirá sus efectos si es celebrada por escritura pública, puesto que no aparece mencionada como uno de los títulos ejecutivos del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil.

3B. ÓRGANOS INTERVINIENTES:

En el procedimiento de Mediación, son partes el interesado, el prestador institucional público (o privado) y el funcionario imputado.

El propio Reglamento define cada una de estas calidades y señala en su artículo 3° (definiciones), que el interesado es toda persona que pretenda haber sufrido perjuicios con ocasión del otorgamiento de prestaciones asistenciales de salud por parte de un prestador institucional público o de sus funcionarios, o de un prestador privado. Cabe señalar en este punto que el interesado puede comparecer personalmente o representado (por su representante legal o apoderado con facultad expresa para transigir), y que de acuerdo a lo que señala el artículo 28 del Reglamento de Mediación, las partes podrán ser asistidas o acompañadas por terceros.

Asimismo, define prestador institucional público como el establecimiento asistencial público que integre las redes asistenciales definidas en el DL 2.763 de 1979, y que de cualquier modo intervino en los hechos que motivaron el reclamo del interesado.

Cabe hacer presente que, si bien no se trata de una de las partes, sí encontramos como interviniente en el procedimiento de Mediación: al Mediador, que según el artículo 3° del Reglamento, es la persona o

personas designadas por el Consejo de Defensa del Estado, o por las partes en su caso, para efectuar la Mediación.

A este respecto, cabe mencionar que la Comisión de estudio para la elaboración de la Ley N° 19.966, efectuó diversas consideraciones críticas, siendo la más importante de ellas que el mediador, conforme a la indicación en comento, sea un funcionario público. Sobre este punto, la Comisión coincidió en que semejante mediador no tendrá la independencia necesaria para promover acuerdos entre las partes en conflicto, ya que generalmente estará vinculado a una de ellas en calidad de dependiente.

Como forma de soslayar este inconveniente, la Comisión propuso que el mediador sea nombrado de entre un grupo de profesionales altamente calificados, que integren una lista de mediadores, y que sean nombrados por el Ministro de Salud.

Alternativamente, se planteó que el mediador sea designado por el Consejo de Defensa del Estado, de entre uno de sus miembros o designando a un tercero, funcionario o no, que dé garantías de independencia.

Finalmente, se estimó que el Consejo de Defensa del Estado es un organismo idóneo para este efecto, ya que, si bien es de carácter público, es independiente del Gobierno de turno (2° Informe de la Comisión de Salud).

Según el artículo 5° del Reglamento de Mediación, el Consejo podrá designar como mediador a uno de sus funcionarios, o a otro funcionario público en comisión de servicios, o a otra persona que cumpla con los requisitos legales contenidos en el artículo 10 del Reglamento (título profesional de una carrera de a lo menos diez semestres de duración; cinco años de experiencia laboral a lo menos, y no haber sido condenado u objeto de formalización de investigación criminal en su caso, por delito que merezca pena afflictiva).

Nótese que no se exige contar con algún curso de especialización en materia de Mediación o de resolución alternativa de conflictos, por lo que en teoría podría optar a alguno de estos cargos cualquier profesional de carreras de a lo menos diez semestres de duración, por ejemplo, un ingeniero comercial, agrónomo o un arquitecto, siendo plenamente lícito su nombramiento. Sin embargo, atendida la facultad que contempla el Reglamento de Mediación en su artículo 6°, la falta de competencia del mediador en materias de resolución alternativa de

conflictos podría dar lugar a que las partes soliciten la inhabilidad de éste, requiriendo el reemplazo del mediador por otro que cuente con tales conocimientos, pudiendo incluso fracasar el procedimiento de Mediación si alguna de las partes no se conformare con la decisión que se tome en definitiva.

El mediador, señala la Ley, tendrá amplia libertad para sesionar con las partes, ya sea en forma conjunta o por separado, de lo cual deberá mantener informada a la otra parte. Asimismo, deberá mantener una actitud imparcial y velar porque se respeten los principios de igualdad, celeridad, voluntariedad, confidencialidad e imparcialidad. Y, señala especialmente la Ley en su artículo 50, que para el caso de los reclamos contra prestadores institucionales, el mediador deberá cumplir especialmente el principio de probidad administrativa, para garantizar su imparcialidad, que consiste en mantener una conducta moralmente intachable, privilegiando el interés público por sobre el particular.

El mediador asimismo, deberá ayudar a las partes a llegar por sí mismas a la solución de la controversia, sin perjuicio de proponer bases para un acuerdo, en caso de ser necesario, situación de suyo excepcional en este procedimiento, por cuanto la regla general en materia de mediación, es que el mediador no puede intervenir proponiendo alternativas de solución, lo que queda exclusivamente a disposición de las partes.

3C. PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN:

Presentado el reclamo, se citará a las partes a una primera audiencia, fijándose la fecha, hora y lugar en que deberán comparecer.

Si esta primera audiencia fracasara por incomparecencia de cualquiera de las partes, se las citará nuevamente, y, si fracasa esta segunda citación por incomparecencia de los mismos citados, se entenderá que la Mediación ha fracasado si dentro de tercero día no se acompañan los antecedentes verosímiles que justifiquen la incomparecencia. Si la incomparecencia se declara justificada, se citará por tercera y última vez a las partes, para la primera audiencia. Para las audiencias posteriores, se procederá de la misma forma.

La comparecencia a las audiencias deberá ser personal, sin perjuicio de que las partes puedan designar apoderado facultado expresamente para transigir, pudiendo además ser acompañadas o asistidas por terceros.

Durante el procedimiento, el mediador podrá citar a todas las audiencias necesarias para el cumplimiento de los fines de la Mediación; y para permitir el éxito de la Mediación, todas las declaraciones de las partes y las actuaciones de la mediación tendrán el carácter de secretas. Por lo anterior, tanto el mediador como las partes deberán guardar reserva de todo lo que hayan conocido durante o con ocasión del proceso de Mediación, alcanzando este deber de confidencialidad incluso a los terceros que tomen por cualquier causa conocimiento del caso. Se sanciona el incumplimiento de dicha reserva con la pena prevista en el artículo 247 del Código Penal.

Se señala expresamente (artículo 51 de la Ley N° 19.966) que, los documentos e instrumentos, públicos o privados, que sean acompañados al procedimiento, no quedarán afectos al secreto, y su uso y valor probatorio en juicio posterior se regirá por las reglas generales, pudiendo las partes requerir la devolución de dichos documentos o instrumentos acompañados, una vez concluido el proceso de Mediación.

En la primera audiencia, el mediador deberá informar a las partes acerca de la naturaleza y objetivos de la Mediación, su duración y etapas, y del carácter voluntario de los acuerdos que de ella deriven, y las ilustrará acerca del valor jurídico de dichos acuerdos (artículo 46).

La ley señala en su artículo 47, inciso segundo, que las partes, en cualquier momento de la Mediación, podrán expresar su voluntad de no perseverar en el procedimiento, el que se dará por terminado mediante un acta que deberá ser firmada por aquéllas y por el mediador.

Por su parte, en el caso de arribar a un acuerdo, el Reglamento de Mediación en su artículo 35, señala que las partes tendrán amplia libertad para pactar soluciones al conflicto y la forma de cumplirlas. Por ello, en virtud del acuerdo, las partes podrán estipular el pago de compensaciones en dinero (teniendo como referente los montos máximos establecidos en la Resolución Exenta N° 145 de 2.005 del Ministerio de Salud, cuyo tope máximo es de 3.500 UTM en caso de fallecimiento) o apreciables en dinero, tales como la realización de prestaciones asistenciales u otro tipo de prestaciones que se encuentren dentro del ámbito de competencia o acción del prestador involucrado y, en las mismas condiciones, aquellas no apreciables en dinero y que

tengan por objeto resarcir pública o privadamente al afectado, pudiendo incluso combinarse las modalidades anteriores⁹.

En la práctica, el particular ha aceptado como forma de resarcir los daños ocasionados, las disculpas de parte del o los profesionales involucrados en el reclamo (principalmente cuando han sido objeto de malos tratos o trato despectivo de parte de dichos profesionales), atenciones médicas o psicológicas en su caso, todos mecanismos permitidos en la Ley, que consagra plena libertad para lograr el acuerdo.

Partiendo del análisis de las disposiciones reglamentarias relativas a la Mediación arriba enunciadas, vemos que nos encontramos frente a un procedimiento que, en definitiva, viene a sustituir al proceso (judicial) como instancia pública de resolución de conflictos. Lo anterior, de acuerdo con el segundo informe de la Comisión de Salud, previo a la dictación de la Ley N° 19.966 de 2004¹⁰, se habría gestado entre otras razones, por el temor de que el Sistema AUGE (Acceso Universal de Garantías en Salud) incrementare exponencialmente los litigios, produciendo un aumento de la judicialización de los conflictos en el ámbito de la salud, sin perjuicio de la latente posibilidad de que muchos abogados utilizaren este problema para transformar los conflictos de salud, en una industria generadora de ingresos, al demandar al Estado de Chile y a los Servicios de Salud¹¹.

Sin embargo, el particular puede exigir las responsabilidades de la Administración Pública y de su personal, mediante el procedimiento establecido en la Ley N° 19.966 de 2004, que hace obligatorio recurrir ante el Consejo de Defensa del Estado a presentar el correspondiente reclamo, y, sólo en caso de fracasar el procedimiento, se faculta para dirigirse ante los Tribunales de Justicia para obtener la debida protec-

⁹ Léase Dictámenes de Contraloría General de la República N° 51063 de fecha 30 de octubre de 2008; N° 29552 de fecha 27 de junio de 2008, y en especial el N° 34795 de 27 de julio de 2006, que señala que no existe limitación legal alguna para pactar libremente las cláusulas para un acuerdo extrajudicial, tales como prestaciones asistenciales o de otra índole.

¹⁰ Historia de la Ley N° 19.966 de 2004, que establece un Régimen de Prestaciones en Salud, 3 de septiembre de 2004.

¹¹ Cabe tener en cuenta, que según cifras del Colegio Médico, desde el año 1995, las denuncias por negligencia médica han aumentado en un 1.900%, habiéndose tramitado en los últimos siete años un total de 1.200 causas, de las cuales se ha fallado el 40%, agregando que del total de los casos fallados, los médicos en un 80% han sido absueltos, y sólo en el 20% el fallo ha sido en contra del establecimiento hospitalario o la clínica por falta de medicamentos, insumos o tecnologías para dar atención oportuna al paciente.

ción de los derechos que se pretenden vulnerados por la Administración Pública, encontrándonos por tanto frente a un requisito que tiene carácter de imperativo y previo a la interposición de la demanda, constituyendo un presupuesto procesal para poder ejercer la acción¹² correspondiente.

3D. MATERIAS SOMETIDAS A MEDIACIÓN:

Señala el artículo 2º del Reglamento de Mediación establecido por Decreto Supremo N° 47 de 2005, del Ministerio de Salud, que sólo serán susceptibles de mediación, los reclamos interpuestos por los interesados en contra de los prestadores públicos de salud o sus funcionarios, o de prestadores privados, cuando ellos se funden en la alegación de *haber sufrido daños ocasionados en el cumplimiento de sus funciones de otorgamiento de prestaciones de carácter asistencial*.

Cuando el reclamo deducido se dirija en contra de los prestadores institucionales públicos o sus funcionarios, la mediación se desarrollará ante el Consejo de Defensa del Estado.

Para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 2º del referido Reglamento, el artículo 25 del mismo cuerpo normativo establece una obligación para el Consejo de Defensa del Estado (o la Superintendencia en su caso) de examinar si el reclamo recibido corresponde al ámbito de la mediación, y, en caso de no serlo, no se admitirá a tramitación, debiendo ser declarado inadmisibles por Resolución fundada que se notificará al interesado, quien podrá pedir reposición dentro de quinto día hábil. Es importante señalar a este respecto, que en caso que el Consejo declare inadmisibles un reclamo, el particular podrá accionar ante los Tribunales Ordinarios de Justicia, en tanto en opinión de la suscrita, y a pesar que la Ley hace obligatorio someterse previamente al *procedimiento de Mediación*, el hecho de presentar el reclamo, da por cumplida dicha exigencia de procesabilidad instaurada en la Ley N° 19.966, aunque en definitiva no se desarrolle el procedimiento, siendo en esta instancia procedente la interposición de la respectiva acción judicial, ante la justicia ordinaria.

¹² Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 2903 – 2005, de fecha 8 de octubre de 2007, caratulada “Montes Espinoza con Servicio de Salud de Concepción”.

Respecto de este punto, se hace necesario mencionar que, según estadísticas del propio Consejo, éste recibe reclamos que se escapan del ámbito de la Mediación, sea por no corresponder a incumplimiento en las funciones de otorgamiento de prestaciones de carácter asistencial, o bien, por tratarse de hechos cuyas acciones judiciales se encuentran ya prescritas desde la perspectiva judicial. Sin embargo, para brindar la atención requerida por los reclamantes, se les da curso de todas formas, aunque en definitiva, las partes no lleguen a acuerdo alguno.

4. EL LIBRE ACCESO A LA JUSTICIA

La Constitución Política de la República es la norma suprema, lo que supone el Imperio del Derecho, esto es, la idea de que el Derecho está por sobre el poder, y que por ende éste deba someterse a aquélla.

Nuestra Constitución recoge este significado de la expresión supremacía en su artículo 6 inciso 1°, al señalar que *“los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”*.

Por su parte, la expresión supremacía de la Constitución, también es posible estructurarla en relación con el carácter de norma jurídica que tiene este instrumento de freno al poder. La Constitución es una norma de naturaleza política y jurídica, y en lo que tiene de jurídico es la norma más importante de un país. En tal sentido, la Constitución está por sobre el resto de las normas jurídicas, o sea, por sobre las leyes, los decretos con fuerza de ley, los reglamentos, decretos, instrucciones, ordenanzas y demás normas existentes. Todas éstas deben ajustarse a la Constitución, y las que no lo hagan son nulas y sin ningún valor, por ser inconstitucionales (artículo 7° de la Constitución).

Desde esta perspectiva, cabe preguntarnos de qué manera coordinamos la existencia de la garantía consagrada en el artículo 19 N° 3 de la Constitución (debido proceso) y el respeto al libre acceso a la justicia, con la instauración de un procedimiento imperativo, obligatorio y previo a la justicia ordinaria, para poder hacer efectivo el reclamo en contra de los prestadores institucionales públicos en materia de salud, como es la Mediación en Salud consagrada en la Ley N° 19.966 de 2004.

La Constitución Política de la República, a propósito del Recurso de Protección, dispone de un eficaz instrumento para que las personas

que vean amenazados, perturbados o privados sus derechos y garantías, puedan obtener de la Justicia la protección debida.

No obstante, dicha acción constitucional solamente otorga amparo a los denominados derechos individuales, es decir, a aquellos derechos civiles y políticos en que es claro el deber de abstención del Estado y demás particulares respecto del ejercicio de los mismos. Así, por ejemplo, se ampara el derecho a la vida, a la igualdad ante la ley, a la libertad de trabajo, entre otros.

Pero no se otorga igual tutela para los llamados derechos sociales, esto es, aquellos que suponen prestaciones por parte del Estado o de privados que otorgan un servicio público, como por ejemplo, el Derecho a la Salud. Por lo anterior, la acción de Protección no permite tutelar este Derecho¹³, sin embargo, con la dictación de la Ley N° 19.966 que establece un Régimen de Garantías en Salud, explícitamente se estipuló que las garantías que establezca el Régimen *serán constitutivas de derechos para los beneficiarios y su cumplimiento podrá ser exigido por éstos ante las autoridades e instancias que correspondan*.

La Constitución Política de la República, en su artículo 19 N° 3 garantiza a todas las personas: *“La igual protección de la Ley en el ejercicio de sus derechos. Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale, y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiese sido requerida”*.

Por su parte, señala el inciso 4° del citado artículo 19 N° 3, que *“nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el Tribunal que señale la Ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho”*.

Desde otra perspectiva, la Convención Americana de Derechos Humanos consagra este derecho, al regular derecho a la tutela efectiva (artículo 25 y artículo 8°) y el derecho a las garantías judiciales (artículo 8.1.)

El artículo 8° regula las denominadas Garantías Judiciales y señala:

¹³ Sin olvidar que por disposición expresa del artículo 20 de la Carta Fundamental, la acción de Protección sólo tutela la garantía contenida en el artículo 19 N° 9 inciso final, esto es, *“el Derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”*.

“1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Para analizar los derechos constitucionales señalados precedentemente, es preciso, en primer término detenernos en la expresión “Acceso a la Justicia”, para, en definitiva, determinar si la obligatoriedad de recurrir ante el Consejo de Defensa del Estado previo a la interposición de una demanda ante los Tribunales Ordinarios de Justicia, se ajusta a lo que el concepto de Estado de Derecho quiere pretender, partiendo de la base que en dicho Estado de Derecho nos encontramos con un grupo de ciudadanos a quienes se les reconoce ciertos derechos que no pueden ser desconocidos por el Poder Público¹⁴.

En este orden de cosas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos parte del supuesto que el acceso a la justicia es un pilar fundamental del Estado de Derecho, el cual se encuentra conformado por el derecho a un recurso efectivo y el derecho a un debido proceso (principio jurídico procesal o sustantivo según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, y a permitirle tener oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones frente al juez).

Con la expresión “Acceso a la Justicia” entonces, podemos encontrar un doble significado: en un sentido genérico, como igualdad de oportunidades para acceder a las instituciones, órganos o Poderes del Estado que generan, aplican o interpretan las leyes y regulaciones normativas con especial impacto en el bienestar social y económico. Desde esta perspectiva, el derecho de acceso a la justicia incluye no sólo la protección de los derechos humanos a través de recursos judiciales sino, también, mediante instancias administrativas, no estatales o ambas, o prejudiciales de resolución de conflictos, como los mecanismos alternativos (mediación, conciliación, entre otros) y, además, todos los dispositivos tendientes a obtener la completa satisfacción de los derechos obtenidos en juicio a través de la ejecución de los fallos.

¹⁴ COSCUELLA MONTANER LUÍS, *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I, Editorial Civitas, Duodécima Edición, año 2001, pág. 26.

En un sentido específico, entendemos por “Acceso a la Justicia” el conjunto de medidas que se adoptan para que las personas resuelvan sus conflictos y protejan sus derechos ante los Tribunales de Justicia. Ambas perspectivas no son excluyentes, sino que por el contrario, se entrelazan en la medida que los Tribunales de Justicia conocen de algunos conflictos de indudable impacto social o económico¹⁵.

Sin embargo, pareciera que la acepción lógica de la expresión en comento fuera aquella restringida, de hecho así se ha entendido ordinariamente por la Doctrina estudiosa del tema.

En este orden de cosas, debemos preguntarnos qué pasa cuando un particular estima que no se ha dado cumplimiento a las prestaciones en salud que están garantizadas por la ley, y quiere reclamar ante los Tribunales de Justicia; es decir, de qué manera puede este último obtener la debida tutela de sus derechos, partiendo de la base que la tutela última y definitiva de los derechos subjetivos de los ciudadanos ha correspondido desde los inicios del Estado de Derecho a la jurisdicción, correspondiendo el desarrollo de dicho cometido por medio del proceso.

La respuesta está en la propia Ley N° 19.966 de 2004, que establece la obligación de recurrir ante el Consejo de Defensa del Estado a presentar el reclamo, y someterlo al procedimiento de Mediación regulado en la citada Ley y en el Reglamento establecido por Decreto Supremo N° 47 de 2005, del Ministerio de Salud.

Con ello, podríamos considerar que el Consejo de Defensa del Estado, al resolver un conflicto entre partes, y que afecta los derechos de las personas, estaría ejerciendo jurisdicción. Sin embargo, mal podría estimarse que sí lo hace, por cuanto su función en el caso de la Mediación en Salud es más bien lograr solucionar un conflicto extrajudicialmente, a través de un conjunto de prerrogativas que le concede la Ley, sin contar con las atribuciones de que goza un juez (imperio, por ejemplo), y sin que por ello se estime que está cumpliendo un rol de tutela de los derechos vulnerados de alguna de las partes, materia que queda a exclusiva competencia de los Tribunales de Justicia.

¹⁵ BATES LUIS, *Acceso a la Justicia y Sistema Legal*, Documento publicado en Internet, p. 3, 24 de diciembre de 2008.

5. LIMITACIÓN A LA GARANTÍA DEL LIBRE ACCESO A LA JUSTICIA. CONCLUSIONES FINALES

De lo expuesto precedentemente, cabe hacernos la siguiente pregunta: ¿la Ley N° 19.966 que establece un Régimen de Garantías en Salud, atenta contra el Libre Acceso a la Justicia desde su perspectiva restringida?

Pareciera ser que sí, atendido que si un particular ha sufrido daños, que estima son consecuencia de una mala atención de parte de quienes están obligados a otorgar prestaciones públicas de salud, éste deberá recurrir ante un órgano de la Administración Pública (Consejo de Defensa del Estado) de manera obligatoria, sin poder dirigirse directamente ante los Tribunales ordinarios de Justicia para hacer efectiva su pretensión o reclamo.

Sin embargo, debemos hacer algunas precisiones.

En primer término, no debemos olvidar que en este procedimiento de Mediación, sólo la instancia de recurrir a presentar el reclamo es obligatoria, no así el acuerdo a que arriben las partes, el que es siempre voluntario, pudiendo incluso el reclamante no conformarse con los términos del acuerdo propuesto, requiriendo el fin del procedimiento sin acuerdo, incluso desde la primera audiencia efectuada.

Por tanto, si bien nos encontramos frente a un requisito previo impuesto por ley, que pareciera ir en contra de los preceptos constitucionales que regulan el debido proceso y el libre acceso a la justicia, para tutelar el o los derechos vulnerados, queda a decisión del particular optar entre llegar a un acuerdo, o bien poner término al procedimiento, para recurrir ante los Tribunales Ordinarios de Justicia. No se estaría vulnerando el debido proceso, por cuanto las garantías mínimas a que toda persona tiene derecho, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, y a permitirle tener oportunidad de ser oído, se produce precisamente cuando estamos frente a un juez, situación que no se da en el procedimiento de Mediación, en que como dijimos, estamos frente a un procedimiento amistoso en que las partes voluntariamente intentan lograr llegar a un acuerdo en beneficio de ambas, sin que el mediador les imponga solución alguna.

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Concepción ha dicho que la obligación de someterse a la mediación no puede considerarse atentatoria contra los derechos de los interesados, porque tal procedimiento

tiene su plazo acotado de sesenta días, prorrogable hasta completar ciento veinte, lo que permitiría recurrir en última instancia ante los Tribunales de Justicia una vez vencido el plazo de la Mediación, el que puede verse disminuido por decisión de cualquiera de las partes. Y, en segundo lugar, tampoco se verían vulnerados los derechos de los interesados porque mientras dura el procedimiento de Mediación, la prescripción de las acciones civiles y penales se suspende¹⁶.

Desde otra perspectiva, no debemos dejar de lado, la utilidad que este mecanismo genera al aparato judicial. En efecto, la desjudicialización de los conflictos en salud, no sólo reporta beneficios a los usuarios, principalmente atendida la rapidez e informalidad de los procedimientos, sino también a la propia Justicia Ordinaria, puesto que la Mediación le permite concentrarse en aquellas materias respecto de las cuales su intervención es insustituible¹⁷. Esto, desde un punto de vista práctico, ha permitido que un porcentaje importante de reclamos en contra de prestadores públicos de salud, se hayan resuelto por la vía de la Mediación, no habiendo llegado a la instancia judicial, lo que indudablemente ha contribuido a descongestionarla.

Por su parte, la justicia ordinaria no puede dar respuesta, o solución a todas y cada una de las pretensiones que son planteadas por las partes, ya que, en caso de otorgarla, muchas veces dicha respuesta aparece como meramente ritual, sin haber dado satisfacción a lo que en definitiva fue buscado por el actor, en tanto en todo proceso judicial, necesariamente existe un ganador y un perdedor, sin que ello implique que las partes han visto satisfechas sus pretensiones¹⁸. Es por ello que siendo las partes las que mejor conocen sus pretensiones, son ellas mismas las que se encuentran en condiciones de analizar las posibilidades de acuerdo, y con ello llegar a una solución que en definitiva cumpla con al menos un porcentaje de lo buscado, lo que no se da en caso alguno si el conflicto llega a la justicia ordinaria, cuando el reclamante

¹⁶ Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 2903-2005, de fecha 8 de octubre de 2007, caratulada “Montes Espinoza con Servicio de Salud de Concepción” (Nota del editor: Esta resolución se encuentra firme o ejecutoriada).

¹⁷ Bordalí Salamanca, Andrés, “justicia privada”. En: Revista de Derecho de Valdivia, Vol. XVI, 16 de julio de 2004, p. 165.

¹⁸ Pérez Ragone, Alvaro y Copani, Juan, “Los llamados medios alternativos de resolución de conflictos vistos desde el proceso civil”. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° XXVII, Valparaíso, año 2006, p. 166.

no obtiene una sentencia favorable, en que sin duda alguna, después de un largo juicio ordinario, no verá más que destruida su posibilidad de obtener alguna solución a su reclamo.

Es por ello entonces, que siguiendo el ejemplo de países desarrollados, se ha ido dando cabida en Chile (en materias de Familia y Laborales por ejemplo) a una nueva justicia más conciliativa, más humana y en muchos casos, más accesible, en que la solución al conflicto no emana ya de la potestad oficial del juez, sino más bien de la propia voluntad de las partes, quienes, en aras a una solución más rápida, optan por sacrificar ciertos derechos, entendiéndose ahora a la justicia como conciliativa, y ya no como un proceso.

Esto implica valorar estas vías alternativas o “amistosas” como un mecanismo útil de cooperación, quedando la justicia estatal como una posibilidad última deseada, lo que se ha entendido como una válvula de escape frente al colapso de la justicia ordinaria.

Por otro lado, cabe destacar en estos casos que la solución a que se llegue, al haber sido lograda de común acuerdo, genera asimismo que sea de común acuerdo cumplida, lo que tampoco se da en el caso de una sentencia judicial, en que la regla general será la necesidad de un juicio ejecutivo posterior, que permita a la parte vencedora obtener el cumplimiento de lo resuelto, con las consecuentes dilaciones y costos que ello trae consigo.

No obstante ello, hay quienes estiman que respecto de los derechos fundamentales (como el Derecho a la Salud) no procedería en caso alguno la solución de controversias a través de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, quedando restringido su conocimiento y tutela exclusivamente a los Tribunales de Justicia.

Sin embargo, cabe agregar que, en el caso de la Mediación en Salud, siempre queda abierta la puerta hacia la jurisdicción, la que será la responsable de decir el derecho en última instancia, con un carácter definitivo e irrevocable, por lo que en la práctica no estamos frente a una alternativa a la Jurisdicción, ni a un atentado al acceso a la justicia, sino frente a una etapa previa obligatoria, que, en caso de fracasar, da lugar a que operen los mecanismos jurisdiccionales conforme a las reglas generales, quedando la vía jurisdiccional más bien “en suspenso” mientras se desarrolla este procedimiento. Sin dejar de lado las ciertas críticas que pudieren hacerse respecto del actual sistema de acceso a la justicia, en que la existencia de la posibilidad de recurrir

ante los tribunales ordinarios, no necesariamente resulta garantista para los particulares, y respetuosa del acceso a la justicia, por cuanto éstos requieren de recursos económicos para accionar (patrocinio de abogados; trámites a realizar por receptor, entre otros), lo que coarta de todas formas la garantía constitucional en estudio.

BIBLIOGRAFÍA

- LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA, publicación DEPESEX/BCN/SERIE ESTUDIOS AÑO XIII, N° 277, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones, junio de 2003.
- BATES LUIS, *Acceso a la Justicia y Sistema Legal*, Documento publicado en Internet, pág. 3, 24 de diciembre de 2008.
- BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS, *Justicia Privada*, Artículo publicado en Revista de Derecho de Valdivia, Vol. XVI, 16 de julio de 2004.
- COSCUELLA MONTANER LUIS, *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I, Editorial Civitas, Duodécima Edición, año 2001.
- DORN GARRIDO CARLOS, *Ley N° 19.880 y Nulidad de Derecho Público*, artículo contenido en las Actas de las Segundas Jornadas de Derecho Administrativo, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- PÉREZ RAGONE ALVARO y COPANI JUAN, *Los llamados Medios Alternativos de Resolución de Conflictos vistos desde el proceso civil*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° XXVII, Valparaíso, año 2006.
- Historia de la Ley N° 19.966 de 2004, que establece un Régimen de Garantías en Salud, Biblioteca del Congreso Nacional, 3 de septiembre de 2004.
- Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción Rol N° 2.903 de 2005, caratulada “Ana Luz Montes Espinoza con Servicio de Salud Concepción”.
- Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 1047 de 2007, caratulada “Shauna Pierina Jofré Canales con Servicio de Salud Concepción”.
- Sentencia Corte Suprema Rol N° 664 de 2007, caratulada “INP con Solís Cortéz, Roberto José y otro”.

Sentencia Corte Suprema Rol N° 1976 de 2007, caratulada “Hidalgo con Servicio de Salud Valparaíso - San Antonio”.

Dictámenes de Contraloría General de la República N° 51063 de fecha 30 de octubre de 2008; N° 29552 de fecha 27 de junio de 2008, y N° 34795 de 27 de julio de 2006.

Constitución Política de la República de Chile, artículos pertinentes.

La Convención Americana de Derechos Humanos, artículos 25 y 8°.

Ley N° 19.966 de 2004, que establece un Régimen de Garantías en Salud.

Ley N° 18.469 que regula el ejercicio del Derecho constitucional a la Protección de la Salud y crea un Régimen de Prestaciones en Salud.

Decreto Ley N° 2.763 de 1979, que reorganiza el Ministerio de Salud y crea los Servicios de Salud.

Norma General Administrativa N° 2, aprobada por Resolución Exenta N° 550 de 1992 del Ministerio de Salud, que fija montos máximos para los acuerdos a que se llegue en los procesos de Mediación en Salud.

Reglamento de Mediación establecido por Decreto Supremo N° 47 de 2005, del Ministerio de Salud.

Código Civil de Chile.

DERECHO ADMINISTRATIVO

Corte Suprema
Asociación de Profesionales de la Secretaría Regional
Ministerial de Salud V Región y otros
29 de septiembre de 2008

RECURSO PLANTEADO: *Recurso de protección.*

DOCTRINA: *El Estatuto Administrativo, luego de señalar en su artículo 93 que los funcionarios tendrán derecho a percibir por sus servicios las remuneraciones y demás asignaciones adicionales que establece la ley, dispone en su artículo 98 que dichos funcionarios tendrán derecho a las siguientes asignaciones: a) pérdida de caja; b) movilización; c) horas extraordinarias; d) cambio de residencia; e) viático; y f) otras asignaciones contempladas en leyes especiales.*

Como puede advertirse, la asignación de colación o alimentación no figura en el listado genérico de aquéllas que, según la señalada norma del Estatuto Administrativo, tienen derecho a percibir los funcionarios públicos.

Por otra parte, no existe disposición legal específica que reconozca semejante forma de estipendio a favor de los trabajadores que plantean el presente recurso, desde que, como aparece de autos, la entrega de vales de colación con que eran beneficiados tenía su origen en la época en que ellos se desempeñaban en los Servicios de Salud, donde semejante prestación obedecía a una práctica habitual, favorecida por la existencia de infraestructura adecuada para proporcionar alimentación a los funcionarios; práctica que, sin embargo, no se fundamentaba en algún texto legal que expresamente consagrara la existencia de una asignación de alimentación o colación.

Santiago, veintinueve de septiembre del año dos mil ocho.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus considerandos cuarto a noveno, ambos inclusive, que se eliminan.

Y se tiene en su lugar y, además, presente:

PRIMERO: Que la acción de protección requiere la existencia de un acto u omisión ilegal -lo que significa que ha de ser contrario a la ley- o arbitrario, producto del mero capricho de quien incurre en él, afectando una o más de las garantías constitucionales protegidas. Esto es, son variadas las exigencias que deben rodear la presentación y, ciertamente, motivar el acogimiento de una acción de la naturaleza indicada;

SEGUNDO: Que, a fojas 7, comparecen Roxana Peña Cuevas y Manuel Martínez Campaña, por sí y en representación de la Asociación de Profesionales de la Secretaría Ministerial de Salud V Región y de la Asociación de Funcionarios de la Autoridad Sanitaria Fenats V Región, respectivamente, deduciendo la presente acción en contra de la Subsecretaría de Salud Pública y del Secretario Regional Ministerial de Salud de Valparaíso, por haber emitido dicha subsecretaría el instructivo ordinario N° 6198 de fecha 11 de diciembre de 2007, dirigido al mencionado Secretario Ministerial de Salud, mediante el cual ordena dar término a la práctica de adquirir y otorgar vales de colación a los trabajadores de las asociaciones que representan. Sostienen que dicha decisión perturba y los priva ilegal y arbitrariamente del legítimo derecho que tienen sobre tal beneficio, pues, por expresa disposición de la Ley N° 19.937 en virtud de la cual se autorizó el traspaso de una serie de funcionarios dependientes de los Servicios de Salud a la creada por tal ley, Subsecretaría de Salud Pública, entre los que se encontraban los actuales recurrentes-, en su artículo transitorio vigésimo segundo, letra j), se ordenó perentoriamente que el encasillamiento del personal de que se trata no podría significar disminución de remuneraciones, ni la pérdida de derechos estatutarios.

Añaden que el referido instructivo, si bien ha sido dictado en uso de las atribuciones administrativas de la autoridad correspondiente, al pretender hacerlo extensivo al personal que representan, conculca

ilegalmente el derecho que tienen sobre el beneficio del otorgamiento de vales de colación, el cual, para estos efectos, tiene el carácter de remuneratorio y que es justamente lo que el legislador ha querido preservar mediante la disposición transitoria que invocan;

TERCERO: Que, al analizar el asunto planteado a través de este procedimiento cautelar, resulta necesario consignar que los funcionarios públicos se rigen por un régimen normativo integral, constituido por el Estatuto Administrativo, que se contiene en el Decreto con Fuerza de Ley N° 29 de 2004, donde se fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.834, en cuyo artículo 1° se indica que “Las relaciones entre el Estado y el personal de los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y de los servicios públicos centralizados y descentralizados creados para el cumplimiento de la función administrativa, se regularán por las normas del presente Estatuto Administrativo”;

A su vez, el artículo 93 de dicho cuerpo legal señala que “Los funcionarios tendrán derecho a percibir por sus servicios las remuneraciones y demás asignaciones adicionales que establezca la ley, en forma regular y completa”;

Por su parte, el Código del Trabajo, en su artículo 1°, excluye de su ámbito de aplicación al Fisco, Municipalidades, empresas, entidades e instituciones cuyos funcionarios y trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial, como asimismo a las personas cuyas actividades están regidas por leyes especiales;

CUARTO: Que del tenor de las citadas disposiciones podemos dejar asentada la premisa que, encontrándose reguladas en el Estatuto Administrativo las remuneraciones y asignaciones que pueden percibir los funcionarios de los servicios afectos a sus normas -cuyo es el caso de los recurrentes- en materia remuneratoria no cabe aplicar las disposiciones del Código del Trabajo.

Lo anterior implica que existiendo un estatuto jurídico especial que rige a los funcionarios de la Administración Pública, en que la naturaleza del vínculo que une al funcionario con el Estado pertenece al ámbito del derecho público, no resulta admisible configurar la existencia de un contrato de trabajo entre la Administración y el funcionario

como tampoco un contrato administrativo de prestación de servicios, puesto que ni en la generación de este vínculo que el nombramiento hace nacer ni en toda la regulación de la calidad de funcionario, media la existencia de un acuerdo de voluntades entre la Administración y ese particular;

QUINTO: Que, el sistema de remuneraciones del sector público se encuentra establecido sobre bases diferentes de las que rigen en el sector privado, puesto que en aquél no puede darse la libertad contractual propia de esta última área ni se aplican los principios del derecho laboral contractual, sino que corresponde a la ley establecer las remuneraciones y cualquier otra asignación adicional que pueden percibir los funcionarios públicos por los servicios que presten;

SEXTO: Que el concepto de remuneración, se define en el artículo 3° letra e) de la ley estatutaria como “cualquier contraprestación en dinero que el funcionario tenga derecho a percibir en razón de su empleo o función, como, por ejemplo, sueldo, asignación de zona, asignación profesional y otras”. De lo señalado se desprende, que la remuneración es un concepto genérico comprensivo de cualquier contraprestación en dinero que el funcionario tenga derecho a percibir en razón de su empleo o función;

SÉPTIMO: Que, no obstante el concepto de asignación no se encuentra definido por el legislador, es dable colegir que son tales aquellos emolumentos pagados al funcionario público en forma habitual y permanente en razón del cargo o función. Así, entre la remuneración y las asignaciones existe una relación de género a especie, conforme lo evidencian la naturaleza de dichos estipendios y el tenor literal del artículo 3° letra e) referido, que cita a las asignaciones como integrantes de la remuneración;

OCTAVO: Que, en efecto, en el sistema de remuneraciones del sector público las respectivas asignaciones constituyen beneficios específicos, regulados por el legislador en forma previa a la incorporación de un funcionario al sistema público. Estas características no permiten acordar a las partes el pago de las asignaciones que estimen conveniente, toda vez que ellas deben ser fijadas por ley, que es el único fundamento que puede tener el gasto que efectúe la autoridad por estos conceptos;

NOVENO: Que es menester tener en consideración, a este respecto, que el Estatuto Administrativo, luego de señalar en su artículo 93 que los funcionarios tendrán derecho a percibir por sus servicios las remuneraciones y demás asignaciones adicionales que establece la ley, dispone en el artículo 98 que dichos funcionarios tendrán derecho a las siguientes asignaciones: a) pérdida de caja; b) movilización; c) horas extraordinarias; d) cambio de residencia; e) viático y f) otras asignaciones contempladas en leyes especiales;

DÉCIMO: Que, como puede advertirse, la asignación de colación o alimentación no figura en el listado genérico de aquéllas que, según la señalada norma del Estatuto Administrativo, tienen derecho a percibir los funcionarios públicos.

Por otra parte, no existe disposición legal específica que reconozca semejante forma de estipendio a favor de los trabajadores que plantean el presente recurso, desde que, como aparece de autos, la entrega de vales de colación con que eran beneficiados tenía su origen en la época en que ellos se desempeñaban en los Servicios de Salud, donde semejante prestación obedecía a una práctica habitual, favorecida por la existencia de infraestructura adecuada para proporcionar alimentación a los funcionarios; práctica que, sin embargo, no se fundamentaba en algún texto legal que expresamente consagrara la existencia de una asignación de alimentación o colación;

UNDÉCIMO: Que, acorde con lo expuesto precedentemente, al no ser un derecho estatutario ni tampoco constituir una parte integrante de sus remuneraciones la entrega de vales de colación, no se infringe el aludido artículo 22 transitorio en su literal j) de la Ley N° 19.937 en que se sustenta, en esencia, esta acción constitucional, toda vez que el acto impugnado no ha podido entonces disminuir dichas remuneraciones ni modificar los derechos estatutarios que sólo en el marco de la normativa citada se les puede dar;

DUODÉCIMO: Que, en esas condiciones, la recurrida al proceder de la forma en que lo hizo, buscó ajustar su actuar a la legalidad, ya que no existía norma legal que instituyera como un derecho de los funcionarios el pago de vales de colación o autorizara a la autoridad administrativa para así disponerlo, de manera que no se le puede reprochar haber obrado en forma ilegal ni arbitraria.

En conformidad, asimismo, con lo que disponen el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte, sobre tramitación del recurso de protección, se revoca la sentencia apelada de ocho de julio último, escrita a fojas 55, y se declara que se rechaza el recurso de protección interpuesto en lo principal de la presentación de fojas 7.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Oyarzún.

Rol N° 4269-2008.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, integrada por los Ministros Sr. Adalis Oyarzún, Sr. Héctor Carreño, Sra. Sonia Aranda, Sr. Haroldo Brito y el Abogado Integrante Sr. Rafael Gómez. No firman, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo el Ministro señor Carreño por estar en comisión de servicios y el Abogado Integrante señor Gómez por estar ausente.

Santiago, 29 de septiembre de 2008.

Autorizado por la Secretaria subrogante de esta Corte Sra. Carola Herrera Brümmer.

DERECHO ADMINISTRATIVO**Corte Suprema****Hidalgo Briceño, Mauricio y otros con Servicio de Salud Valparaíso, San Antonio y otros****14 de octubre de 2008**

RECURSO PLANTEADO: *Recursos de casación en la forma y en el fondo*

DOCTRINA: *El artículo 38 de la Constitución Política de la República tiene como propósito establecer la competencia de los tribunales para conocer de la actividad administrativa y en ningún caso consagrar la responsabilidad extracontractual del Estado, y mucho menos un determinado tipo de la misma. En efecto, cuando esta norma exige al reclamante invocar un derecho subjetivo violado por la Administración al decir “cualquier persona lesionada en sus derechos” sólo está refiriéndose al requisito para poder demandar ante los tribunales. Ese y no otro es su sentido;*

Como reiteradamente ha sostenido la Corte Suprema, la falta de servicio no es una responsabilidad objetiva sino subjetiva, basada en la falta de servicio, en la que aquélla, considerada como “la culpa del Servicio”, deberá probarse por quien alega el mal funcionamiento del servicio, el funcionamiento tardío o el no funcionamiento del mismo; que esta omisión o acción defectuosa haya provocado un daño al usuario o beneficiario del servicio público de que se trata; y, en fin, que la falla en la actividad del ente administrativo haya sido la causa del daño experimentado, todo por disponerlo así el artículo 42 de la Ley de Bases de la Administración del Estado.

En la responsabilidad por falta de servicio no interesa la persona del funcionario, el que podrá estar o no identificado, lo que importa es la "falta de servicio", un reproche o reparo de legitimidad, lo que desde ya excluye la responsabilidad objetiva ya que ésta se compromete sin necesidad de falta, bastando para ello que el daño exista y también la relación de causalidad entre éste y el accionar del Estado.

Santiago, catorce de octubre de dos mil ocho.

VISTOS:

En estos autos ingreso Corte N° 1976-07, caratulados "Hidalgo Briceño, Mauricio y otros con Servicio de Salud Valparaíso, San Antonio y otros", sobre juicio ordinario, por sentencia de treinta de septiembre de dos mil cinco, que está escrita a fojas 684, se rechazó tanto la demanda principal cuanto la deducida en subsidio, sin costas.

Apelada que fuera esta sentencia, por fallo de treinta y un de enero de dos mil siete, que se lee a fojas 755, con algunas modificaciones y mayores consideraciones, la confirmó.

Contra esta última decisión la parte demandante dedujo recurso de casación en la forma -el que fue declarado inadmisibile, según consta de fojas 791- y recurso de casación en el fondo, para cuyo conocimiento se ordenó traer estos autos en relación.

Considerando:

PRIMERO: Que en primer lugar se aduce que la sentencia infringe las leyes reguladoras de la prueba, invocando al efecto lo dispuesto en el artículo 19 N° 9, inciso cuarto, de la Constitución Política de la República, artículos 1 y 16 del Decreto Ley N° 2.763, de 1979, y el artículo 1547, inciso tercero, del Código Civil;

SEGUNDO: Que explicando la forma como se produce la infracción, indica que ésta se produce al invertir la carga de la prueba y hacerla recaer en su parte en circunstancias que las normas antes referidas establecen que el deber de cuidado y la obligación de garantizar y proteger al paciente, en su etapa de recuperación, pesa sobre los demandados; de este modo, dado el deber de cuidado que la ley les impone, éstos debieron acreditar la oportuna y correcta atención médica

que recibió el paciente Rodrigo Hidalgo Saldías durante el período postoperatorio, lo que no hicieron. Así, la sentencia no pudo rechazar la demanda principal o la deducida en subsidio, sin incurrir en infracción de ley;

TERCERO: Que, en segundo lugar, el recurrente aduce que el fallo impugnado incurre en una errónea interpretación de las leyes decisorias litis, invocando al efecto el artículo 38, inciso segundo, de la Carta Fundamental y los artículos 4 y 42, inciso primero, de la Ley N° 18.575, en relación con lo dispuesto por el artículo 19, inciso segundo, del Código Civil;

CUARTO: Que este segundo capítulo el recurrente lo circunscribe únicamente a la demanda principal y señala que se produce al exigir una prueba de la actuación de los agentes del servicio y de la responsabilidad de éste en circunstancias que, por el contrario, la jurisprudencia no impone dicho requerimiento [sic];

QUINTO: Que previo a analizar el recurso útil resulta consignar que en estos autos se dedujo demanda de indemnización de perjuicios, en procedimiento ordinario, en contra del Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio, por la responsabilidad que se le atribuye por falta de servicio; en subsidio, en contra del médico don Raúl Mujica Burgos, por su falta personal como funcionario del mismo servicio; y, en subsidio, en contra de este último atribuyéndole responsabilidad extracontractual de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2314 del Código Civil.

Los demandantes son: don Mauricio Hidalgo Briceño -por sí y en representación de su hija Macarena Hidalgo Saldías- doña Nancy Saldías Díaz y Marcelo y Alexandra, ambos apellidados Hidalgo Saldías, padre, madre y hermanos, respectivamente, de la víctima, don Rodrigo Hidalgo Saldías;

SEXTO: Que también es conveniente señalar que se dieron por establecidos en la sentencia, los siguientes hechos:

- a) Con fecha 9 de mayo de 1999 don Rodrigo Hidalgo Saldías de 27 años, ingresó a la Unidad de Emergencia Adultos del Hospital Carlos Van Buren, donde fue operado de apendicitis aguda, operación en la que se utilizó un separador automático;

- b) En los días siguientes el paciente fue trasladado al Hospital Valparaíso, donde comenzó a experimentar dolor abdominal, fiebre y vómitos;
- c) En dicho recinto fue atendido por el Dr. Raúl Mujica en varias oportunidades, dos de las cuales lo intervino en calidad de médico cirujano;
- d) El día 23 de mayo el paciente falleció, señalándose en el certificado médico, como causa inmediata de su fallecimiento shock séptico;
- e) La muerte de Rodrigo Hidalgo Saldías ha provocado en sus padres y hermanos un daño psicológico severo, que los tiene sumidos en depresión.

Estos hechos se asentaron en el motivo decimonoveno de la sentencia de primera instancia;

SEPTIMO: Que sobre la base de los presupuestos fácticos antes apuntados, los jueces del mérito rechazaron la demanda por no haberse allegado antecedente alguno que demostrara la responsabilidad del Servicio de Salud demandado en la muerte del paciente ni haberse acreditado que los profesionales que intervinieron en su atención la hubiesen atrasado o hubiesen incurrido en mala praxis, en el entendido que aun cuando se haya demandado la indemnización de un daño por falta de servicio, alegando responsabilidad objetiva del Estado, ello no desliga al actor de la carga de acreditar que, efectivamente el daño se produjo única y exclusivamente por un mal funcionamiento del Servicio Público correspondiente, siendo del demandante la carga de dicha prueba (considerando vigésimo del fallo de primer grado confirmado por el impugnado de casación);

OCTAVO: Que analizando ahora los capítulos de la nulidad en estudio, esta Corte no puede dejar de advertir los defectos de que adolece el recurso: en primer lugar del mismo consta que se han efectuado planteamientos subsidiarios y sin mayor desarrollo en lo que hace al primer capítulo, que pugnan con la naturaleza de derecho estricto de la casación. En efecto, al explicar el modo en que los errores de derecho en que funda el recurso influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo señala que por no haberse acreditado por los demandados la diligencia o cuidado que debieron emplear, debió establecerse su falta y, en consecuencia, revocándose el fallo apelado, se debió acoger

la acción indemnizatoria principal en contra del Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio o en su defecto, acoger la demanda que en subsidio se dedujera, por la cual se perseguía la falta personal del funcionario, en el entendido que la obligación de resguardo y cuidado del postoperatorio del paciente pesaba única y exclusivamente en el facultativo y ya no en el servicio como señalaba al fundar la pretensión principal;

NOVENO: Que, además, se sostiene por el recurso que el error de derecho en que se sustenta el segundo capítulo -errónea interpretación de las leyes decisoria litis en lo que hace a la exigencia de la prueba de la culpa del servicio- sólo tiene influencia sustancial en lo dispositivo del fallo en lo tocante a la acción principal, dejando entonces desprovisto de todo cimiento sustantivo el planteamiento realizado en el primer capítulo a propósito de la acción subsidiaria;

DÉCIMO: Que, por último, es deber señalar que el recurso aparece construido sobre hechos que no han sido establecidos en la sentencia; en efecto, este arbitrio discurre sobre la base de que en la especie existió falta de servicio, esto es, que éste actuó tardía e incorrectamente en la atención postoperatoria del paciente Hidalgo Saldías. Pero en autos quedó asentado todo lo contrario, esto es, que la responsabilidad del ente administrativo no se probó, que tampoco se acreditó que los profesionales que intervinieron en su atención la hayan retrasado o hubiesen incurrido en una mala praxis y menos que los demandados hubiesen actuado fuera del ámbito de sus atribuciones, ni que hubiesen violentado en su actuar lo que disponen la Constitución Política de la República o las leyes (considerando vigésimo primero del fallo de primer grado confirmado por el de segunda instancia), sin que se advierta infracción a las leyes reguladoras de la prueba en el establecimiento de estos presupuestos como se pasará a demostrar;

UNDÉCIMO: Que todos los defectos antes apuntados impiden desde ya acoger este arbitrio. Con todo, y ya analizando el fondo de la nulidad planteada, es dable señalar varias cuestiones previas fundamentales sobre la materia en que incide.

En primer lugar debe decirse, como lo ha sostenido esta Corte, que en virtud del principio de legalidad contenido en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República y 2 de la Ley Orgánica

Constitucional de Bases de la Administración del Estado, los órganos del Estado deben adecuar estrictamente su proceder al ordenamiento jurídico vigente, y su contravención generará las responsabilidades que determina la ley;

DUODÉCIMO: Que en concordancia con dichos preceptos, el artículo 38 de la Carta Fundamental confiere, a toda persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, el derecho a reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiese causado el daño; derecho cuyo ejercicio permite a la jurisdicción ordinaria conocer y juzgar las acciones de resarcimiento fundadas en actos irregulares de la Administración;

DECIMOTERCERO: Que, en consecuencia, si bien los aludidos preceptos constitucionales reconocen el principio de la responsabilidad del Estado, en modo alguno establecen su naturaleza, remitiendo a la ley su determinación, lo que hacen los artículos 4 y 42 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado;

DECIMOCUARTO: Que, en efecto, el ordenamiento jurídico no encierra disposiciones de carácter general que establezcan responsabilidades objetivas para los particulares o el Estado y, por ende, esta clase de responsabilidad requiere de una declaración explícita del legislador que describa las circunstancias precisas que puedan generarla.

En este sentido, el artículo 38, inciso segundo, de la Constitución Política de la República no constituye el fundamento de la responsabilidad del Estado sino tan sólo da la posibilidad de ejercer la acción en contra del Estado.

Visto de esta forma no puede sino considerarse una norma de competencia;

DECIMOQUINTO: Que esto último implica que dicho artículo 38 del Estatuto Político tiene como propósito establecer la competencia de los tribunales para conocer de la actividad administrativa y en ningún caso consagrar la responsabilidad extracontractual del Estado, y mucho menos un determinado tipo de la misma. En efecto, cuando

esta norma exige al reclamante invocar un derecho subjetivo violado por la Administración al decir “cualquier persona lesionada en sus derechos” sólo está refiriéndose al requisito para poder demandar ante los tribunales. Ese y no otro es su sentido;

DECIMOSEXTO: Que, en segundo lugar, es necesario precisar, en lo que interesa al recurso, que como reiteradamente ha sostenido esta Corte de Casación, la falta de servicio no es una responsabilidad objetiva sino subjetiva, basada en la falta de servicio, en la que aquélla, considerada como “la culpa del Servicio”, deberá probarse -por quien alega- el mal funcionamiento del servicio, el funcionamiento tardío o el no funcionamiento del mismo; que esta omisión o acción deficiente haya provocado un daño al usuario o beneficiario del servicio público de que se trata; y, en fin, que la falla en la actividad del ente administrativo haya sido la causa del daño experimentado, todo por disponerlo así el artículo 42 de la Ley de Bases de la Administración del Estado, lo que en la especie la parte recurrente no hizo.

En la responsabilidad por falta de servicio no interesa la persona del funcionario, el que podrá estar o no identificado, lo que importa es la “falta de servicio”, un reproche o reparo de legitimidad, lo que desde ya excluye la responsabilidad objetiva ya que ésta se compromete sin necesidad de falta, bastando para ello que el daño exista y también la relación de causalidad entre éste y el accionar del Estado.

En consecuencia, sólo cabía rechazar la demanda al no haberse comprobado su fundamento cual era la falta de servicio que se alegaba.

Siendo así, no se advierte que se hayan producido los errores de derecho que denuncia el recurrente; por el contrario, los sentenciadores dieron correcta aplicación a las normas que se dicen infringidas;

DECIMOSÉPTIMO: Que por las razones antes expuestas fuerza es concluir que el recurso de casación en estudio debe ser rechazado en todas sus partes.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto por los artículos 764, 767 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación en el fondo deducido en el primer otrosí de la presentación de fojas 756, en contra de la sentencia de treinta y uno de enero de dos mil siete, escrita a fojas 755.

Regístrese y devuélvanse con su agregado.

Redacción a cargo de Ministro señor Pedro Pierry Arrau.

Nº 1976-2007.

Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema, integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño, Sr. Pedro Pierry, Sra. Sonia Arane-da, Sr. Haroldo Brito y el Abogado Integrante Sr. Rafael Gómez. No firma, no obstante haber concurrido en la vista de la causa y acuerdo del fallo el Abogado Integrante Sr. Gómez por estar ausente. Santia-go, 14 de octubre de 2008.

Autorizado por la Secretaria subrogante de esta Corte Sra. Carola He-rreira Brümmer.

DERECHO ADMINISTRATIVO

Corte Suprema
CGE Transmisión S.A. con Contralor General de la República
6 de noviembre de 2008

RECURSO PLANTEADO: *Recurso de protección.*

DOCTRINA: *Las Municipalidades son fiscalizadas por la Contraloría General de la República en conformidad a los artículos 51 y 52 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.*

La única restricción impuesta al control de legalidad que corresponde a la Contraloría General de la República, es que no podrá evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas, al tenor del artículo 21 B de su Ley Orgánica en relación con el artículo 52 de la Ley de Administración Financiera del Estado (DL N° 1.263, de 1975). En el caso sub-lite el acto del contralor no implicó un control de conveniencia u oportunidad del acto fiscalizado.

Santiago, seis de noviembre del año dos mil ocho.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus fundamentos sexto a duodécimo que se eliminan.

Y se tiene en su lugar y además presente:

Primero: Que el recurso de protección de garantías constitucionales establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República constituye jurídicamente una acción destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa

misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto arbitrario o ilegal que impida, amague o perturbe ese ejercicio;

SEGUNDO: Que en la especie don Estaban Vilchez Celis, en representación de la Sociedad C.G.E. Transmisión S.A., ha ejercido dicha acción de índole constitucional en contra del Contralor General de la República, por haber emitido éste el dictamen N° 13.529 de 27 de marzo de 2008, en el cual se indica que la resolución N° 016 de 2005 de la Dirección de Obras de la Municipalidad de Puchuncaví, que autorizó el cambio de destino de servicio a infraestructuras del sector E L del Plan Intercomunal de Valparaíso -a cuyo amparo, su representada construyó una subestación eléctrica en un predio de su propiedad- es contraria a derecho;

TERCERO: Que, según el actor, el dictamen que cuestiona ha conculcado las garantías constitucionales que se contemplan en el artículo 19 N° 3, inciso cuarto, 21 y 24 de la Constitución Política de la República, por lo que solicita que sea dejado sin efecto o, en subsidio, que dicho dictamen y la eventual revocación del acto administrativo a que se refiere no afecten los derechos válidamente adquiridos por la recurrente; y se adopten las demás medidas que se estimen pertinentes para reestablecer el imperio del derecho;

CUARTO: Que corresponde a la Contraloría General de la República, entre otras funciones, ejercer el control de legalidad de los actos de la Administración y desempeñar, además, las que le encomiende su ley orgánica constitucional, como lo prescribe el inciso 1° del artículo 98 de la Constitución Política de la República;

QUINTO: Que, por su parte, el artículo 6° de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República N° 10.336, asigna exclusivamente al Contralor la función de informar, entre otras materias, sobre los asuntos que se relacionen *“con el funcionamiento de los Servicios Públicos sometidos a su fiscalización, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen”*.

SEXTO: Que, precisamente, en ejercicio de la atribución recién señalada, el órgano contralor a petición de particulares interesados, emitió el dictamen N° 13.529 de 27 de marzo de 2008, en el cual concluyó

que la Resolución N° 016-2005 de la Dirección de Obras de la Municipalidad de Puchuncaví al introducir una modificación a la zonificación dispuesta por el Plan Intercomunal de Valparaíso para la zona AEU 3 y fijar un uso de suelo no previsto por éste y a través de una autoridad diferente a la establecida por la normativa, resulta contraria a derecho;

SÉPTIMO: Que, sin perjuicio de las facultades generales de fiscalización interna que correspondan al Alcalde, al concejo municipal y a las unidades municipales dentro de su respectivo ámbito, las Municipalidades son también fiscalizadas por la Contraloría General de la República “de acuerdo con su ley orgánica constitucional”, según reza el artículo 51 de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.695 sobre Municipalidades; atribución que se expresa por medio de la emisión de “*dictámenes sobre todas las materias sujetas a su control*”, como precisa el artículo 52 del citado cuerpo legal;

OCTAVO: Que el artículo 7° inciso 1° de la Carta Fundamental exige el cumplimiento de tres requisitos para que los órganos del Estado puedan actuar válidamente: a) Que lo hagan “*previa investidura regular de sus integrantes*”; b) Que obren “*dentro de su competencia*”, y c) Que procedan “*en la forma que prescriba la ley*”. Complementa esta formulación el artículo 2° de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.575, que prohíbe “*todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades*” por parte de los órganos de la Administración del Estado, sancionando así las figuras del abuso de poder y desviación de fin.

De consiguiente, las personas jurídicas administrativas vulneran el principio de legalidad cada vez que transgreden cualquiera de los elementos reseñados, y no sólo en el supuesto de contravenirse el signado c) de la relación precedente. Interpretarlo de otra manera, como lo hace el fallo en alzada, significaría reducir el control de legalidad al examen de uno solo de sus componentes -el formal- introduciendo un distingo que la norma constitucional no contempla, violentándose con ello el principio hermenéutico de que donde el legislador no distingue, no es lícito al intérprete hacerlo;

NOVENO: Que la única restricción impuesta al control de legalidad que corresponde a la Contraloría General de la República, en general, es la de que, con motivo de dicho control de legalidad, “*no podrá*

evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas”, por imponerlo así el artículo 21 B de su ley orgánica en relación con el artículo 52 de la Ley de Administración Financiera del Estado (DL 1263 de 1975) que remite a la propia Administración activa “*la verificación y evaluación del cumplimiento de los fines y de la obtención de las metas programadas para los servicios públicos*”.

El contenido del acto recurrido en la especie no implica una apreciación sobre conveniencia u oportunidad del acto fiscalizado, de modo tal que no puede entenderse violatorio de la prohibición reseñada;

DÉCIMO: Que cuando el dictamen recurrido de protección indica que una determinada resolución municipal resulta contraria a derecho, por no avenirse con el Plan Intercomunal de Valparaíso, no exterioriza sino una declaración de juicio en orden a fijar el sentido y alcance de una norma urbanística, interpretándola, como lo autoriza el artículo 6° del estatuto normativo de Contraloría, sin que tal acto importe extralimitación de su competencia de control de legalidad del acto administrativo interpretado, ni menos ejercicio de potestades jurisdiccionales, pues de entenderse así, la competencia interpretativa de que está dotada la entidad fiscalizadora, expresada en los respectivos dictámenes, invadiría la esfera de atribuciones reservada al Poder Judicial, lo que, manifiestamente, constituye un aserto insostenible.

UNDÉCIMO: Que, como corolario de lo reflexionado precedentemente, ha de concluirse que el órgano contralor, al evacuar el dictamen cuestionado, ha obrado en el ejercicio de las atribuciones que le reconoce el ordenamiento, por lo que no ha incurrido en ilegalidad, como lo sostiene la actora, al sustentar el arbitrio constitucional en revisión, el cual, por ende, no puede prosperar.

Y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Carta Fundamental y en el Auto Acordado de la Corte Suprema sobre Tramitación del Recurso de Protección, se revoca la sentencia apelada de veintiocho de julio de este año, escrita a fojas 200 y siguientes y, en su lugar, se declara que se rechaza el recurso de protección deducido a fojas 54 por C.G.E. Transmisión S.A. en contra del Contralor General de la República.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Oyarzún.

Rol N° 4880-2008.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, integrada por los Ministros Sr. Adalis Oyarzún, Sr. Juan Araya, Sra. Sonia Araneda y los Abogados Integrantes Sr. Roberto Jacob y Sr. Rafael Gómez. No firman, no obstante haber concurrido en la vista de la causa y acuerdo del fallo el Ministro señor Araya por estar ausente al momento de firmar y el Abogado integrante señor Jacob por estar ausente.

Santiago, 06 de noviembre de 2008.

Autorizado por la Secretaria subrogante de esta Corte Sra. Carola Herrera Brümmer.

DERECHO PENAL

**Corte de Apelaciones de Valparaíso
Contra Aramayo Fuentes, Antonio
9 de octubre de 2008**

RECURSO PLANTEADO: *Recursos de apelación y casación de oficio.*

DOCTRINA: *El delito castigado en el artículo 239 del Código Penal es un ilícito especial impropio, que permite la comunicabilidad de las circunstancias personales concurrentes en los partícipes funcionarios públicos a aquel que no lo es.*

La pretensión de la defensa del inculpado de ser absuelto por miedo insuperable, ausencia de culpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, no se condice con el mérito de los antecedentes del proceso, que por razones de elemental lógica obliga además al sentenciador a considerar las máximas de la experiencia. La exigencia legal es la presencia de la coacción por un miedo insuperable, por lo que forzoso es preguntarse cuál es el tiempo razonable y posible en que cualquier persona puede superar un episodio atemorizador. En los delitos violentos contra la integridad física, puede ocurrir que la víctima repela el ataque infringiendo la racionalidad del medio empleado impelido por el miedo; si hay inmediatez en la reacción, es posible invocar el miedo. En el caso de autos, el ilícito perseguido tiene un itinerario muy prolongado en el tiempo, y los sucesos que pueden ocasionar el miedo son variados y reiterados en el tiempo. El miedo que se invoca no se justifica en un eventual ataque o deterioro de un bien jurídico relevante, como la vida o la libertad, si no a expectativas patrimoniales que no es precisamente la fuente laboral, si no la permanencia en un cometido delictual. El profesor de Derecho Penal Eduardo Novoa recomienda considerar la insuperabilidad del miedo con cautela, “pues hay que

apreciarla conforme la reacción que otras personas de la condición del inculcado sufrirían con un estímulo atemorizante como el que obró. Otra cosa significaría conceder un privilegio a los cobardes”.

Valparaíso, nueve de octubre de dos mil ocho.

VISTO:

I.- En cuanto a solicitud de casación en la forma de oficio.-

A fojas 2.419 la defensa del inculcado Antonio Aramayo Fuentes solicita que esta Corte case de oficio la sentencia recurrida de conformidad a lo dispuesto por el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, fundado en no haberse extendido la sentencia en forma legal, incumpliendo los requisitos de los números 3 y 4 del artículo 500 de dicho cuerpo legal, esto es contener una exposición breve y sintetizada de las defensas y sus fundamentos y las consideraciones en cuya virtud se dan por probados o no probados los hechos alegados en descargo, ya para negar su participación, ya para eximirse de responsabilidad, ya para atenuar ésta, indicando las irregularidades que infringen la norma, omisión que constituye la causal contemplada en el artículo 541 N° 9 del mismo Código.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

Que las omisiones en que haya podido incurrir la sentencia, estando ésta además apelada, queda de manifiesto que no se irroga al solicitante un perjuicio sólo reparable con la invalidación del fallo, al ser susceptibles de ser subsanadas por la vía de la apelación de acuerdo a lo ordenado por los artículos 535 del Código de Procedimiento Penal y 768 del Código de Procedimiento Civil.

Por lo expuesto y disposiciones legales citadas, no se hará lugar a la solicitud de don Waldo Del Villar Brito para que esta Corte invalide de oficio el fallo de primer grado de veintisiete de Julio de dos mil siete escrito de fojas 2345 a 2385.

II.- En cuanto a los recursos de apelación.

Se reproduce sentencia en alzada con las modificaciones siguientes: En considerando octavo, se suprimen los cuatro últimos párrafos, des-

de “que tales elementos”. En considerando décimo cuarto se reemplaza “estafa reiterada” por fraude. Se eliminan los motivos undécimo, décimo sexto, décimo octavo, vigésimo, vigésimo segundo, vigésimo sexto. En las disposiciones legales se elimina referencia al artículo 10 N° 8 y 470 N° 1 en relación al artículo 467 inciso final del Código Penal, agregándose artículos 11 N° 8, 30, 64 y 456 bis del mismo texto legal.

Y SE TIENE EN SU LUGAR Y ADEMÁS PRESENTE:

PRIMERO.- Que a fs. 2.200 se dicta auto acusatorio que distingue en el establecimiento de los hechos dos figuras delictivas: Delito N° 1 fraude al Fisco previsto y sancionado en el artículo 239 del Código Penal, y Delito N° 2 reiterados de estafa previstos y sancionados en el artículo 467 inciso final del Código Penal, el primero ocurrido en Valparaíso en el curso del año 1999 y el segundo descubierto en Valparaíso en el año 2001, imputados a Antonio Eduardo Aramayo Fuentes y Allan Morales Morales el delito de fraude y a Waldo Santiago Vrandecic Aranda los delitos de estafas reiteradas.

SEGUNDO.- Que por el considerando décimo quinto de la sentencia se da cuenta que a fojas 2209 el Consejo de Defensa del Estado dedujo acusación particular en contra de todos los encartados sin distinción, como autores del delito de fraude al Fisco previsto y sancionado en el artículo 239 del Código Penal en grado de consumado, acusación que fue desestimada en la sentencia recurrida al estimar que el señalado delito exige necesariamente la calidad de funcionario público del autor para su consumación que difícilmente puede ser comunicada a otros coautores, en cuanto sólo a ellos resulta exigible la protección o garantía del patrimonio fiscal, calidad funcionaria ausente en lo que concierne a Waldo Vrandecic Aranda.

TERCERO.- Que la manifiesta dualidad de acusaciones que recaen sobre los mismos hechos que las originan, es consecuencia que Aramayo y Morales intervienen en su ejecución como sujetos activos especiales, en su calidad de funcionarios públicos, en cambio Vrandecic es un simple particular. El delito castigado en el artículo 239 del Código Penal es un ilícito especial impropio, que permite la comunicabilidad de las circunstancias personales concurrentes en los partícipes funcionarios públicos a aquel que no lo es: Vrandecic. Del

análisis exhaustivo de los medios de prueba resulta, más allá de toda duda razonable, que Vrandecic siempre tuvo cabal conocimiento de la calidad funcionaria de sus copartícipes, así como del carácter fiscal del patrimonio afectado en el ilícito. Por el primer otrosí de presentación de fojas 2225, contestando acusación particular, la defensa de Vrandecic puntualmente alega por el numeral 5° la falta de comunicabilidad, por no tener la calidad de funcionario público “a diferencia de los demás”.

CUARTO.- Que, conociendo Vrandecic las circunstancias personales de la relación estatutaria de sus copartícipes que vincula a éstos con la Administración del Estado, debe considerarse concurrente el presupuesto de comunicación y estimar que la participación punible del procesado Waldo Vrandecic Aranda es constitutiva del ilícito de fraude al Fisco previsto y sancionado por el artículo 239 del Código Penal y la consiguiente penalidad.

QUINTO.- Que la defensa de Antonio Aramayo Fuentes contestando la acusación de oficio y la particular de fojas 2239 y siguientes señala por la conclusión que, en la especie, no hay ningún medio probatorio que sea útil para demostrar participación de Aramayo en los hechos referidos en la acusación, por lo que procede decretar su absolución. Invoca el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal en cuanto a “que nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgue haya adquirido por los medios de prueba legal la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al procesado una participación culpable y penada por la ley”. En la señalada dirección, se refiere a cada uno de los cargos de que trata la acusación: 1.- Haber autorizado la ejecución de las obras sin que previamente se hubiere dado cumplimiento a las diversas normas que regulan las licitaciones del sector público; 2.- Haber permitido la adjudicación de las obras de modernización licitadas a empresas que no cumplían cabalmente con las bases administrativas y técnicas predeterminadas, 3.- Haber permitido el pago total de los montos de adjudicación sin que se hubieren realizado la totalidad de los trabajos contratados; 4.- Haber falseado rendiciones de cuentas de trabajos haciendo parecer ante la Aduana que el 100% de los trabajos se habían ejecutado; 5.- Haber permitido que licitaciones públicas fueran privadas; 6.- Haber permitido que contratistas que no estaban

incluidos en las nóminas oficiales del Servicio de Aduanas, participaran en estas licitaciones, que iniciaban faenas el mismo día o incluso antes de la licitación de las obras. A todos los cargos señalados se opone idéntica justificación, consistente en remitirse a un organigrama que señala líneas de dependencia jerárquicas y funcionales que no pasan por su área específica: segundo nivel jerárquico dentro de la estructura organizacional del Servicio Nacional de Aduanas, junto a las Direcciones Informática, Técnica, Fiscalización, Jurídica y Recursos Humanos de acuerdo a la Ley 19.749 de 1996. Las funciones del Sub Director Administrativo, según la defensa de Aramayo, son de orden general, como lo son planificar, coordinar, proyectar y supervisar reportando directamente al Director Nacional, de quien depende directamente. La defensa reitera que su representado sólo validó un procedimiento que era habitual en el Servicio Nacional de Aduanas, el que no tuvo reparos por parte del Director Nacional de la época ni de la Sub-dirección jurídica.

SEXTO.- Que el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal obliga al examen cuidadoso de todos y cada uno de los antecedentes que conformarán o no el hecho imputado, con precisiones circunstanciales de tiempo y lugar, atento además a lo dispuesto por el artículo 109 del mismo texto legal. Admitir que se “valida” un procedimiento habitual, implica aceptar que se incurre en omisión permisiva, si el señalado procedimiento infringe la normativa legal. El Departamento de Bienes y Servicios cuyo jefe era don Bernardo Meyer, conforma un Tercer Nivel Jerárquico, el que si se extralimitó en sus potestades administrativas al punto de incurrir en conductas ilícitas, sólo pudo conseguir tales objetivos con la anuencia del superior jerárquico o su conducta omisa de impedir la ejecución del ilícito penal.

SÉPTIMO.- Que el argumento por el que se invoca la absolución de Morales, eximente de responsabilidad del artículo 10 N° 9 del Código Penal, esto es “el que obra violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable”, se califica en la sentencia como una alusión tangencial, no obstante se acepta sin mayor análisis. La tesis que sustenta la defensa es la no exigibilidad de otra conducta, y apunta a la ausencia de culpabilidad del sujeto activo de la conducta, reconociendo los hechos establecidos y por lo mismo su encuadre en el tipo penal, su ilicitud y antijuridicidad. Es así que textualmente

señala: “pero aunque la acción antijurídica atribuida a Allan Morales se estima realizada a conciencia de la ilicitud, para que pueda serle personalmente reprochada, es preciso que atendido el conjunto de circunstancias concomitantes al hecho, la norma jurídica le pueda dirigir la exigencia de auto determinarse de acuerdo a los mandatos y prohibiciones del derecho, lo que no ocurre en este caso”. Se sostiene que la conducta de Morales encuadra en el incumplimiento de obligaciones jurídicas, que en tanto permanezca como mero incumplimiento no constituye delito. Este incumplimiento obedecería a que no informó verazmente por exigencia de un superior, y que no existe relación causal entre su incumplimiento y el perjuicio que se causó al Fisco.

OCTAVO.- Que la pretensión de la defensa del inculpado de ser absuelto por miedo insuperable, ausencia de culpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, no se condice con el mérito de los antecedentes del proceso, que por razones de elemental lógica obliga además al sentenciador a considerar las máximas de la experiencia. La exigencia legal es la presencia de la coacción por un miedo insuperable, por lo que forzoso es preguntarse cuál es el tiempo razonable y posible en que cualquier persona puede superar un episodio atemorizador. En los delitos violentos contra la integridad física, puede ocurrir que la víctima repela el ataque infringiendo la racionalidad del medio empleado impelido por el miedo; si hay inmediatez en la reacción, es posible invocar el miedo. En el caso de autos, el ilícito perseguido tiene un itinerario muy prolongado en el tiempo, y los sucesos que pueden ocasionar el miedo son variados y reiterados en el tiempo. El miedo que se invoca no se justifica en un eventual ataque o deterioro de un bien jurídico relevante, como la vida o la libertad, si no a expectativas patrimoniales que no es precisamente la fuente laboral, si no la permanencia en un cometido delictual. Novoa recomienda considerar la insuperabilidad del miedo con cautela, “pues hay que apreciarla conforme la reacción que otras personas de la condición del inculpado sufrirían con un estímulo atemorizante como el que obró. Otra cosa significaría conceder un privilegio a los cobardes”.

Esta Corte no acogerá la absolución de Allan Morales Morales así como de los encartados Aramayo Fuentes y Vrandecic Aranda, ni a la solicitud de sobreseimiento temporal de este último y en consecuen-

cia queda determinado que todos los encartados son autores del delito de fraude al Fisco en grado de consumado.

NOVENO.- Que a fojas 2.409 rola informe de la Primera Fiscalía Judicial, que, en lo fundamental, encuentra el fallo apelado arreglado al mérito de los antecedentes y disposiciones legales, expresando su parecer favorable a su confirmación en lo que a acción penal corresponde, de lo que estos sentenciadores disienten en los términos que se ha razonado, por lo que revocarán la sentencia en cuanto absuelve al inculpado Allan Morales del cargo deducido en su contra como autor del delito de fraude al Fisco y en su lugar lo condenarán por dicho cargo, confirmando en lo demás apelado con las declaraciones que se formulan en lo resolutivo.

DÉCIMO.- Que concurre respecto de todos los encartados la atenuante de irreprochable conducta anterior en mérito de sus extractos de filiación de fojas 1934 y 1935 (Morales) 1964 y 1965 (Aramayo) y 2155 (Vrandecic), todos exentos de anotaciones penales pretéritas. La señalada atenuante se considerará como muy calificada en cuanto respecta a Waldo Santiago Vrandecic Aranda y a Allan Antonio Morales Morales en los términos del art. 68 del Código Penal.

Favorece al acusado Aramayo Fuentes la atenuante de responsabilidad criminal del artículo 11 N° 8 del Código Penal, en mérito de autodenuncia de fojas 8, que da cuenta que pudiendo eludir la acción de la justicia, se ha denunciado y confesado el delito. A fojas 2312, 2314 y 2315 rolan informes 41/2007 referido a Allan Antonio Morales Morales, 43/2.007 de Waldo Santiago Vrandecic Aranda y 42/2.007 de Antonio Eduardo Aramayo Fuentes, todos de Gendarmería de Chile, Consejo Técnico de Centro Reinserción Social Valparaíso que sugiere otorgamiento de beneficio de libertad vigilada respecto de todos los encausados, lo que se tendrá presente en lo resolutivo.

Por estas consideraciones y de conformidad además a lo dispuesto por los artículos 514 y 527 del Código de Procedimiento Penal

SE REVOCA el fallo en alzada de 27 de julio de 2007 escrito de fs. 2.345 a 2.385 en cuanto:

1.- Absuelve a Allan Antonio Morales Morales del cargo de autor del delito de fraude al Fisco previsto y sancionado en el artículo 239 del Código Penal en grado de consumado, cometido en Valparaíso en 1999, y en su lugar se declara que el señalado inculpado es culpable del señalado ilícito en calidad de autor y se le condena a sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo, accesoria de inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio, multa de diez por ciento del perjuicio causado y pago proporcional de las costas; y

2.- Se confirma la sentencia referida con declaración de que Waldo Santiago Vrandecic Aranda, queda condenado en calidad de autor del delito de fraude al Fisco, según recalificación de los hechos por estos sentenciadores, en grado de consumado, ocurrido en Valparaíso, el año 1999, a la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo, accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y, de conformidad a lo dispuesto por los artículos 30 y 64 del Código Penal, multa del 10% (diez por ciento) del perjuicio causado y pago proporcional de las costas.

Por reunirse respecto de todos los sentenciados los requisitos que señala el artículo 4º de la Ley 18.216, se les concede el beneficio de la remisión condicional de la pena.

Se revoca el fallo en alzada en cuanto no acoge la demanda civil en contra de Allan Morales Morales y en su lugar se declara que queda condenado al pago solidario con los otros sentenciados de la suma ordenada por la sentencia de primer grado y se confirma en lo demás apelado la referida sentencia.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del abogado integrante Sr. Carlos Müller Reyes.

Rol I.C. N° 1.295-2007.-

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

Arturo Felipe Onfray Vivanco¹⁹

HERNÁN LARRAÍN FERNÁNDEZ: *Transparencia y acceso a la información pública en Chile: La modernización que faltaba*. Editorial JGE Ltda., Santiago, 2008, 212 páginas.

Hernán Larraín Fernández, además de Senador de la República, es un profesor con varios años de trayectoria en la enseñanza del Derecho. Recuerdo bien sus clases de Introducción al Derecho en la Pontificia Universidad Católica, en el primer lustro de los ochenta, a quienes éramos entonces sus alumnos de primer año. Una mezcla de ponderación y versación lo hacían un destacado profesor del claustro.

En el libro *“Transparencia y acceso a la información pública en Chile: La modernización que faltaba”*, patrocinado por la Fundación Jaime Guzmán Errázuriz, el autor da cuenta de los avances que supone para Chile la Ley N° 20.285 *“Sobre Acceso a la Información Pública”*, publicada en el Diario Oficial de fecha 20 de agosto de 2008, cuyo objetivo es, según indica su artículo 1°, regular *“el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo y las excepciones a la publicidad de la información”*.

¹⁹ ARTURO ONFRAY VIVANCO. Abogado Jefe del Departamento de Estudios del Consejo de Defensa del Estado, Agustinas N° 1687, Santiago de Chile, arturoonfray@cde.cl. Profesor del Departamento de Derecho Procesal de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Licenciado en Derecho y Educación, Magister en Sociología del Derecho (MA) y en Teoría del Derecho (LLM). Miembro de los Institutos Chileno de Derecho Procesal e Iberoamericano de Derecho Procesal.

La primera parte del libro, luego de una presentación panorámica a cargo de Miguel Flores V., contiene el texto central de la obra.

El autor comienza analizando el fundamento de la transparencia, esto es su para qué, lo cual lo lleva a explorar su alcance a lo largo de la historia de Occidente, desde la Grecia clásica hasta la ampliación de la esfera pública en Jürgen Habermas, pasando, entre otras instituciones, por el panóptico Benthamiano, eje de las reflexiones de Michel Foucault en “*Vigilar y Castigar*”.

El autor destaca luego como un prolegómeno central del nuevo estatuto jurídico el que “*la transparencia en el hacer de los organismos y funcionarios públicos parece ser de aquellos comportamientos que mejor guían el desarrollo de un grupo social, por cuanto ofrece claridad respecto al ejercicio de las instituciones a las que se les ha delegado la administración del Estado, al demandarles una permanente accountability, una rendición de cuentas que muestre que efectivamente lo hecho ha ido en beneficio de todos*”. Así, entonces, el acceso a la información pública constituye una manifestación central de la vinculación entre *accountability*, democracia y control ciudadano.

El libro relata luego los pasos dados en el extranjero y en Chile que han servido de antecedentes a la Ley N° 20.285.

En cuanto a lo primero, diversos instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Chile -Convención Interamericana contra la Corrupción y Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción- consagran el principio de la transparencia y el derecho al acceso a la información pública como un mecanismo de prevención de la corrupción.

Tales instrumentos internacionales se suman a normas -más que centenarias en algunos casos (Suecia)- que resguardan el referido acceso, las cuales han aumentado en el mundo en los últimos años, consagrando ordinariamente, además del derecho referido, la existencia de mecanismos de control de cumplimiento de ello, ya sea a través de organismos colegiados o unipersonales.

A tales normas deben agregarse exigencias específicas para Chile, derivadas, por una parte, de la evaluación realizada por el Comité

de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Convención Interamericana contra la Corrupción, el cual, en el año 2004, recomendó al Estado chileno “*fortalecer las garantías previstas para el ejercicio del derecho al acceso a información del Estado*”.

Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia pronunciada el 19 de mayo de 2006, en los autos correspondientes al “*Caso Claude Reyes y otros*”, reconoció “*el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, como elemento de la libertad de expresión, que garantiza el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos*”. La información, señaló la Corte en el fallo, “*debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción*”. La Corte opta, entonces, por el principio de la “*máxima revelación de la información*”.

Más recientemente, el Comité Interamericano de Juristas de la Organización de Estados Americanos indicó que “*el acceso a la información es un derecho humano fundamental que establece que toda persona puede acceder a la información en posesión de órganos públicos, sujeto sólo a un régimen limitado de excepciones, acordes con una sociedad democrática*”.

En cuanto a lo segundo, esto es el caso de la experiencia chilena, ella reconoce la existencia de pasos importantes a favor de la transparencia.

Desde mediados de los años noventa, diversas iniciativas han buscado promover el acceso a la información. Así lo planteó inicialmente el Informe de la Comisión de Ética Pública creada por el ex Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle.

Posteriormente, diversas iniciativas legales recogieron el acceso a la información como una garantía fundamental. Así ocurrió con la Ley N° 19.653, sobre Probidad y Transparencia Pública, la cual, entre otros aspectos, incorporó en la Ley N° 18.575 el recurso de amparo de acceso a la información pública o *habeas data*.

Más tarde, la Ley N° 20.050 modificó la Carta Fundamental. El actual artículo 8° inciso 2° de la Constitución Política señala lo siguiente:

“Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”.

A tales esfuerzos normativos, cabe agregar la *“Agenda Pro Crecimiento y de Modernización del Estado”*, del año 2001, cuyo capítulo segundo se denomina *“Agenda de Transparencia”*; la *“Agenda de Transparencia, Probidad y Modernización”*, del año 2006; y el *“Programa Senado Ciudadano”*.

Además, el Tribunal Constitucional, en sentencia pronunciada en los autos Rol N° 634-2006, con fecha 9 de agosto de 2007, en la causa *“Lean con Servicio Nacional de Aduanas”*, también ha reconocido la importancia del principio de transparencia, lo que, al decir de Ana María García, representa *“la constitucionalización de un nuevo deber del Estado y de un nuevo derecho de las personas que son: el deber de publicidad de las actuaciones de los órganos del Estado, y del derecho correlativo de acceso a la información pública de todas las personas”*.

A todo lo anterior se suma el esfuerzo de organizaciones no gubernamentales internacionales y nacionales, destacando entre estas últimas *“Chile Transparente”*, *“Fundación Participa”*, *“Fundación Pro Acceso”* y *“Fundación Pro Bono”*.

Hernán Larraín Fernández revisa, una vez analizados los antecedentes de la Ley N° 20.285, algunos de los elementos esenciales de la referida ley, los cuales buscan poner a Chile a la vanguardia del acceso a la información pública.

En primer lugar, destaca los nuevos conceptos de transparencia activa y de transparencia pasiva.

La transparencia activa implica el deber de los órganos de la Administración del Estado de mantener a disposición permanente del público, a través de sus sitios electrónicos, determinados antecedentes actualizados, al menos, una vez al mes.

La transparencia pasiva se vincula con eventuales requerimientos asociados a la Ley N° 20.285 a los sujetos pasivos de las obligaciones de la ley.

El artículo 10 de la Ley N° 20.285 establece, en su inciso 1°, el siguiente principio general: *“Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley”*.

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

En segundo lugar, enumera las restricciones al acceso a la información, las cuales consideran las causales enumeradas en el artículo 21 de la Ley N° 20.285 más los derechos de terceros, a lo cual cabe agregar las situaciones de hecho consideradas en los artículos 13 y 15 de la Ley N° 20.285.

En tercer lugar, analiza los principios de la legislación propuesta, los cuales aparecen reconocidos por la Ley N° 20.285, en su artículo 11. Ellos son los de apertura o transparencia, del control, de la divisibilidad, de la facilitación, de la gratuidad, de la libertad de información, de la máxima divulgación, de la no discriminación, de la oportunidad, de la relevancia y de la responsabilidad.

Finalmente, en cuarto lugar, se considera al Consejo para la Transparencia cuyo objeto, de conformidad con el artículo 32 de la Ley N° 20.285, es *“promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y garantizar el derecho de acceso a la información”*.

Posteriormente, Hernán Larraín Fernández considera una serie de problemas culturales que generará la Ley N° 20.285, la cual supone *“una revolución de transparencia”*. Entre ellos destacan el fortalecimiento democrático y la calidad de vida, un nuevo rol de los medios de comunicación y un nuevo poder ciudadano.

En la segunda parte del libro se consideran artículos de diversos especialistas sobre puntos específicos asociados a la Ley N° 20.285.

Así, Miguel Ángel Fernández trata de las “*causales de secreto o reserva*”; Juan Pablo Olmedo, el caso “*Claude Reyes, Marcel y otros contra Chile*”, en el cual se analizan los efectos de un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; José Antonio Viera-Gallo, reflexiona en torno al “*Acceso a información pública y protección de la vida privada*”; y Jorge Jaraquemada, finalmente, trata la “*Nueva ley de transparencia y acceso a la información pública: construyendo confianza institucional*”.

Para terminar, el libro considera una serie de anexos útiles para una mejor comprensión de la llamada por el autor “*revolución de transparencia*”. Entre ellos, el Proyecto de Ley sobre Acceso a la Información Pública; el artículo de opinión “*Combate a la corrupción*” de Hernán Larraín Fernández, publicado en el Diario El Mercurio de fecha 9 de noviembre de 1996; los Acuerdos Político-legislativos para la modernización del Estado, la transparencia y la promoción del crecimiento; el extracto “*Informe sobre medidas para favorecer la probidad y eficiencias de la gestión pública encargado por S.E. la Presidenta de la República*”; un estudio de caso sobre Chile titulado “*Disposiciones insuficientes y poco claras*”, asociado a la encuesta “*Transparencia y Silencio*”, de la Open Society Justice Initiative, correspondiente al año 2004; el artículo “*Bin Laden y Mickey Mouse van al IFAP*”, de fecha 9 de noviembre de 2007; y la Ley N° 20.285, de transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado.

La lectura de la obra que revisamos se hace fácil. Se suma a la claridad del lenguaje el sentido propedéutico de la misma, en cuanto busca “*aportar documentación diversa que guíe a los profesionales del derecho, el periodismo y, por cierto, a todos quienes se interesen por el desarrollo de las instituciones públicas en Chile, su modernización y avances por una democracia más participativa*”. En tal sentido, cabe destacar el presente trabajo, el cual, a pesar de ser disciplinario, interesa a todo ciudadano, lo que precisamente ha facilitado su distribución masiva en las librerías de la Capital.

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

La Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado publica artículos originales sobre materias jurídicas.

Se considera un artículo original aquel que no ha sido publicado en una revista o monografía con anterioridad y la primera traducción realizada al español de un texto publicado en una lengua extranjera.

Los artículos deben ser enviados, en cualquiera época del año, en lengua castellana, en papel y en soporte electrónico, escritos en Microsoft Word para Windows o en formato compatible, interlineado simple, letra times new roman, tamaño 12, al Jefe del Departamento de Estudios del Consejo de Defensa del Estado con domicilio en Agustinas N° 1687, Santiago, Chile. El manuscrito como archivo adjunto debe remitirse al correo electrónico RevistadeDerechoCDE@cde.cl

La extensión máxima de los artículos es de 30 páginas tamaño oficio (incluidas las citas a pie de página y las listas de referencias bibliográficas) formato times new roman, 12, interlineado simple. En el caso de los comentarios de jurisprudencia y recensiones bibliográficas la extensión máxima no deberá ser superior a 10 páginas.

Se debe incluir el título del artículo, junto con un resumen de un máximo de 300 palabras y las palabras clave que considera su trabajo, ambos -el resumen y las palabras claves o descriptores- en español e inglés.

Se debe incluir el nombre completo del autor más sus grados académicos y cargo o trabajo que desempeña, así como la dirección de la universidad, centro de investigación o institución a la cual está incorporado y su correo electrónico.

El envío de un original supone el compromiso del autor de no someterlo a consideración simultáneamente a otras publicaciones periódicas de carácter jurídico.

El envío del original supone la cesión a título gratuito por parte del autor a la Revista de los derechos de reproducción una vez admitido, tanto en la Revista propiamente tal como en el sitio web institucional (www.cde.cl).

Los autores recibirán cinco ejemplares de la Revista.

El editor de la Revista decidirá la publicación de los artículos requiriendo la aprobación del Comité Editorial, sin perjuicio de la posibilidad de pedir informes adicionales a especialistas en el tema del trabajo.

Al Consejo de Defensa del Estado corresponde la corrección de las pruebas de imprenta, proceso que es autorizado por los autores, y que supone, eventualmente, modificaciones formales menores en el contenido del artículo.

En cuanto a las referencias bibliográficas, la Revista del Consejo de Defensa del Estado se rige por las siguientes normas:

Las citas a pie de página de manuales y monografías se hará del modo siguiente: Apellido del autor en mayúsculas y, seguido de una coma, el nombre del autor (si los autores son más de tres se autoriza el uso de la expresión et al.), y a continuación de una coma, el título de la obra en cursivas, a lo cual siguen, separados por comas, el lugar, la editorial, la fecha de edición y la página respectiva (p., pp., o págs., según el caso). Si la obra consta de más de un volumen, se indicará en numeración arábiga o romana, según corresponda, el tomo y el volumen, después de la fecha de edición.

Ejemplos:

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1962, Tomo 1, Volumen II, p. 224.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1962, Tomo 1, Volumen II, pp. 224-225.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1962, Tomo 1, Volumen II, págs. 224 y 226.

Las citas a pie de página de artículos publicados en revistas, misceláneas o escritos reunidos se efectuarán del modo siguiente: Apellido del autor en mayúsculas y, seguido de una coma, el nombre del autor, y a continuación de una coma, el título del estudio entre comillas, y luego después de un punto la expresión “En:”, el título de la revista o publicación en cursiva, con la indicación del volumen en numeración arábiga o romana, según corresponda, a lo cual siguen, separados por comas, el lugar, la editorial, la fecha de edición y la página respectiva (p., pp., o págs., según el caso).

GELSI BIDART, Adolfo, “¿Apelación o Casación ante el superior tribunal”.
En: *Revista uruguaya de derecho procesal*, 4, Montevideo, 1989, p. 566.

GELSI BIDART, Adolfo, “¿Apelación o Casación ante el superior tribunal”.
En: *Revista uruguaya de derecho procesal*, 4, Montevideo, 1989, pp. 562-568.

GELSI BIDART, Adolfo, “¿Apelación o Casación ante el superior tribunal”.
En: *Revista uruguaya de derecho procesal*, 4, Montevideo, 1989, págs. 563 y 566.

En las citas a pie de página se utilizará el formato times new roman, tamaño 10 e interlineado simple.

Al final del texto deberá incluirse la bibliografía (libros, capítulos de libros, artículos, documentos electrónicos, normas y jurisprudencia)

En el caso de la bibliografía consistente en libros, capítulos de libro y artículos, debe utilizarse un sistema similar al de las notas al pie de página, excluyendo el número de páginas solamente en el caso de los libros:

Ejemplo (libro):

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1962, Tomo 1, Volumen II.

Ejemplo (capítulo de libro):

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1962, Tomo 1, Volumen II, Capítulo III, pp. 293-470.

Ejemplo (artículo):

GELSI BIDART, Adolfo, “¿Apelación o Casación ante el superior tribunal”.
En: *Revista uruguaya de derecho procesal*, 4, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1989, pp. 562-568.

En el caso de documentos electrónicos, debe utilizarse un sistema como el que sigue:

Pierry Arrau, Pedro, ¿Es objetiva la responsabilidad del Estado”, disponible en <http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/eea0f4804aec57cbaf78bff9e4d270c3/3.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=eea0f4804aec57cbaf78bff9e4d270c3&CACHEID=eea0f4804aec57cbaf78bff9e4d270c3> (visitado el 5 de diciembre de 2008).

En el caso de las normas legales y de la jurisprudencia, debe utilizarse un sistema de citación como el que sigue:

Ejemplo (Ley):

Chile, Ley N° 20.330, fomenta que profesionales y técnicos jóvenes presten servicios en las comunas con menores niveles de desarrollo del país. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago de Chile, 25 de febrero de 2009.

Ejemplo (Decreto Supremo):

Chile, Decreto N° 76 del Ministerio de Justicia, nombra abogados integrantes de la Corte Suprema. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago de Chile, 25 de febrero de 2009.

Ejemplo (Jurisprudencia):

Corte de Apelaciones de Santiago, *Bienes Raíces e Inversiones Chile S.A. con Alcalde de la Ilustre Municipalidad de la Reina*, de 4 de abril de 2001. En: *Gaceta Jurídica* (251), pp. 97-99.

FE DE ERRATAS

En la Revista de Derecho del CDE N° 18 se debe cambiar la doctrina del fallo de la Corte Suprema, de 12 de septiembre de 2007, pronunciado en los autos caratulados “Vega Vega, Luis Alberto y otro con Servicio de Salud Araucanía Sur”, por la siguiente:

“Nuestro Código de Procedimiento Civil admite de manera expresa la posibilidad de relaciones procesales múltiples, expresadas en la pluralidad de partes dentro de un solo proceso, una de cuyas manifestaciones, según su artículo 18, tiene lugar cuando varias personas ejercen acciones que emanan directa e inmediatamente de un mismo hecho.

La circunstancia de haberse indicado en la demanda una suma única como indemnización impetrada por ambos actores sin precisar la cantidad que particularmente le correspondería a cada uno de ellos, no constituye óbice para que pueda prosperar la pretensión de aquellos, la cual habría de entenderse satisfecha dándose los presupuestos necesarios para que la demanda sea acogida fijándose como monto de la reparación la suma común solicitada por ambos en el libelo en que se plantean sus pretensiones

En la sentencia de reemplazo de la Corte Suprema, existe en un fallo de minoría de los Ministros Sres. Héctor Carreño y Pedro Pierry, quienes señalan no haber adquirido convicción acerca de la concurrencia de la falta de servicio alegada y, por lo tanto, estiman que no resulta necesario pronunciarse sobre el resto de los requisitos de procedencia de la acción ejercida”.

