

INFORME EN DERECHO

LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES Y SUS LÍMITES

CARLOS CARMONA SANTANDER¹

SANTIAGO, 13.05.2021.

¹ Este informe contó con la colaboración del abogado Joaquín Lepe Vergara.

ÍNDICE

I.	LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA JURÍDICA.....	6
1.	Constitucionalismo y Constitución.....	6
2.	Las características fundamentales de la Constitución	8
3.	La reforma constitucional	12
4.	El impacto de la supremacía constitucional en la ley	18
II.	LOS TRATADOS Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD	21
1.	El concepto de tratado.....	21
2.	Soberanía y tratados	25
3.	El control de convencionalidad.....	37
4.	Jurisprudencia de nuestros tribunales.....	53
5.	La titularidad de derechos para las personas jurídicas	57
III.	EL RECURSO DE PROTECCIÓN COMO VÍA DE IMPUGNACIÓN.....	64
1.	Estado de indefensión.....	64
2.	El camino del recurso de protección	65
3.	Características del recurso de protección que lo hacen particularmente idóneo para este caso.....	73
IV.	DERECHOS VULNERADOS	82
1.	El derecho de acceso a la justicia	82
2.	La igualdad ante la ley.....	85
3.	El derecho de propiedad	87
V.	CONCLUSIONES.....	90
VI.	BIBLIOGRAFÍA.....	95

ENCARGO

El Estudio Claro & Cía., me ha solicitado un informe en derecho sobre la posibilidad de impugnar jurisdiccionalmente la reforma constitucional contenida en la Ley N° 21.330, en lo que respecta a las rentas vitalicias, vía recurso de protección.

La reforma constitucional aprobada, a diferencia de los dos retiros anteriores, contiene normas que afectan las rentas vitalicias que administran las Compañías de Seguro.

En lo fundamental, la reforma constitucional introduce una nueva disposición transitoria en la Constitución. La número quincuagésima.

Dicha reforma constituye el tercer retiro de fondos dispuesto por el Congreso Nacional. El primero se efectuó mediante la Ley de Reforma Constitucional N° 21.248/2020. El segundo se autorizó mediante la Ley N° 21.295/2020. Los dos primeros se limitaron a permitir el retiro, por parte de afiliados de AFP, de fondos que éstos mantenían ahorrados en sus cuentas de capitalización individual. En contraste, este tercer retiro también permite a los pensionados bajo la modalidad de rentas vitalicias exigir a su respectiva Compañía de Seguros un “adelanto” en el pago de dichas rentas.

La reforma se inició por moción parlamentaria, iniciada el 15.12.2020 (Boletín N° 13950-03). Ahí se refundió con otras dos (Boletines 14.054-07 y 14.095-07). Fue aprobada por la Cámara de Diputados el 05.04.2021 y, por el Senado el 22.04.2021. El 23.04.2021, la Cámara la aprobó en el tercer trámite.

La moción fue objeto de un requerimiento ante el Tribunal Constitucional (Rol N° 10774-2021), presentado por el Gobierno el 20.04.2021. Este, por resolución del 29.04.2021, no lo admitió a trámite.

La Ley N° 21.330 se publicó en el Diario Oficial el 28.04.2021.

Las rentas vitalicias son una modalidad de pensión del sistema regido por el DL N° 3500. Hay distintas modalidades de renta vitalicia. La inmediata (art. 62); la

inmediata con retiro programado (art. 62 bis); la renta temporal con renta vitalicia (art. 64).

En la renta vitalicia inmediata, el contrato de seguro de vida que se celebra con la Compañía de Seguro, y en la que esta se obliga a pagar una renta mensual, es irrevocable (art. 62, inciso 2º); se perfecciona mediante la aceptación por escrito del afiliado de la oferta que hace la Compañía (art. 62, inciso 3º); obliga a la AFP a traspasar a la Compañía los fondos de la cuenta individual de la cuenta del afiliado (art. 62, inciso 4º) y, efectuado el traspaso a la Compañía de Seguros, entra en vigencia el contrato, y esta es exclusivamente responsable y obligada al pago de las rentas vitalicias (art. 62, inciso 5º).

Como ya se indicó, la regulación contenida en la disposición transitoria quincuagésima de la Carta Fundamental que afecta a las rentas vitalicias es la siguiente.

1. Permite, por una sola vez y de forma voluntaria, “adelantar” el pago de las rentas.
2. Dicho “adelanto” tiene un monto máximo, equivalente al 10% del valor correspondiente a la reserva técnica² que mantenga el pensionado en la respectiva Compañía de Seguros para cubrir el pago de sus pensiones, con un tope máximo de 150 UF.
3. El plazo para solicitar el “adelanto” es de 365 días a partir de la publicación en el Diario Oficial de la reforma constitucional.
4. El “adelanto” en el pago debe devolverse por los pensionados o beneficiarios que opten por solicitarla. Para tal efecto, el “retiro” se debe imputar al monto mensual de sus rentas vitalicias, a prorrata, en forma proporcional y en igual porcentaje que aquel que represente el monto efectivamente retirado.

² Artículo 20 y siguientes, DFL N° 251/HACIENDA/1931.

Cabe hacer presente que mediante la Resolución Exenta N° 2340, de 30.04.2021, la CMF impartió instrucciones para la aplicación de la Ley N° 21.330 a las Compañías de Seguro.

El presente informe explora el recurso de protección como camino de impugnación jurisdiccional de la Ley N° 21.330. Está dividido en las siguientes partes. En la primera, se examina la Constitución como norma jurídica. En la segunda, se analizan los tratados y el denominado control de convencionalidad. En la tercera, se examina el recurso de protección como instrumento idóneo de impugnación de la Ley N° 21.330. Finalmente, se realiza una síntesis de como se afectan los derechos en este caso.

I. LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA JURÍDICA

Un primer elemento necesario de considerar en nuestro análisis es el examen de la Constitución como norma jurídica.

1. Constitucionalismo y Constitución

La Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Francesa en 1789, condensa adecuadamente lo que se ha denominado el constitucionalismo como movimiento ideológico y político. Su artículo 16 señala:

“Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene constitución”.

La Constitución debía cumplir dos roles fundamentales. De un lado, debía transformar la voluntad subjetiva del Rey en un poder jurídico legítimo. Todo poder emana directamente de la Constitución o se encauza conforme esta lo indique. Con ello se cura el peligro del abuso y de la arbitrariedad en el ejercicio del poder. Se pasa del gobierno de los hombres, al gobierno de las leyes. Ello está asociado a la máxima de que sólo el poder limita el poder. Por eso, la Constitución distribuye las funciones entre los distintos órganos que crea. Del otro, la Constitución debía asegurar los derechos de las personas. Las primeras constituciones no consagraban estas declaraciones. Pero, entregaban a la ley regular todo lo que tuviera que ver con la libertad y la propiedad³.

Como señala Ignacio De Otto⁴, *“la finalidad del movimiento que históricamente se llamó constitucionalismo no era, obviamente, introducir en los ordenamientos una norma denominada Constitución, sino asegurar la garantía de la libertad frente al*

³ Cruz Villalón, Pedro. Formación y evolución de los derechos fundamentales. Revista Española de Derecho Constitucional, Año nº 9, Nº 25, 1989, pp. 35 - 62; Polakiewicz, Jorg. El proceso histórico de la implantación de los derechos fundamentales en Alemania. Revista de Estudios Políticos. Nº 81, 1993, pp. 23-46.

⁴ De Otto, Ignacio, Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes. Editorial Ariel, 12º edición (2012) Barcelona, página 12.

poder político. Que una sociedad tenga Constitución, que un Estado sea constitucional, significa ante todo, que en él, la organización de los poderes responde a un determinado fin: el aseguramiento y garantía de la libertad de los ciudadanos. Luchar por la libertad es, así, luchar por la Constitución”.

Sin embargo, explica García de Enterría⁵, este concepto de Constitución sufrió dos embates que hicieron que en Europa, el concepto genuino de Constitución casi desapareciera durante el siglo XIX. El primer embate fue obra de las monarquías restauradas que suceden a Napoleón. Estas, por un lado, limitan la idea constitucional a una mera codificación formal del sistema político superior. Del otro, estas monarquías otorgan cartas constitucionales. Es la expresión del principio monárquico. Con ello se restablece el concepto medieval del pacto entre la Corona y el Pueblo. El poder monárquico es un poder preconstitucional respecto del cual la Constitución establece limitaciones, pero no es la fuente originaria de sus competencias. El segundo embate provino de quienes entienden que la Constitución escrita sería sólo una mera hoja de papel, y lo que cuenta es la Constitución real y efectiva, expresión de las relaciones fácticas de poder normalmente silenciadas en el texto.

Ambos embates hicieron que la Constitución dejara de ser el mecanismo que organizaba el poder y garantizaba la libertad de los ciudadanos. Era simplemente una norma escrita presente en cualquier época y podía tener cualquier contenido. Todo Estado tiene una Constitución. Asimismo, la Constitución no era una norma invocable en los tribunales. También, la Constitución no era una norma que expresara el principio de autodeterminación política comunitaria. Si la Constitución era otorgada, no era un acto que el pueblo decidiera por si mismo su organización, sus límites y sus derechos⁶.

La supremacía normativa de la Constitución es obra del constitucionalismo norteamericano. En efecto, la Constitución en este sistema vincula al juez más

⁵ García de Enterría, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Editorial Civitas, 3º edición (1983) Madrid, página 41 y siguientes.

⁶ Es famoso, en este sentido, la forma en que comienza la Constitución de los Estados Unidos: “Nosotros el pueblo de los Estados Unidos (...) ordenamos y establecemos esta Constitución”.

fuertemente que las leyes; estas sólo pueden ser aplicadas si son conforme a la Constitución. En este sentido, la supremacía normativa de la Constitución surge asociada a la revisión judicial. Los jueces tienen la facultad de inaplicar las leyes del Congreso que estén en contradicción con ella.

La recepción en Europa del sistema de justicia constitucional norteamericano recién es recepcionado con la Constitución Austriaca de 1920, pero con diferencias. Frente al control difuso norteamericano, aparece el Tribunal Constitucional como único habilitado para declarar la inconstitucionalidad de una ley. Enseguida, el Tribunal Constitucional es un legislador negativo, que hace un control abstracto, sin enjuiciar ningún supuesto de hecho singular. En tal sentido, realiza un juicio puramente lógico. Por ello, no se estaría frente a una verdadera actividad judicial que supone una decisión singular. Finalmente, se diferencian porque el Tribunal Constitucional anula la ley, no la declara inaplicable, y lo hace con efectos erga omnes, no para el caso concreto.

Con la recepción de este sistema, el concepto de Constitución recobra su sentido originario, considerando, además, que las Constituciones ya no son otorgadas por el Rey, sino que son una auténtica manifestación de voluntad del pueblo.

2. Las características fundamentales de la Constitución

La Constitución tiene ciertas características que la definen.

En primer lugar, se trata de una norma escrita. Si bien no todos los países responden a este rasgo, este obedece a la necesidad de establecer con claridad qué constituye la Constitución. Sólo lo que está en esta norma escrita puede considerarse parte de ella. Como señala Ignacio de Otto, sólo las normas incluidas en la Constitución escrita son normas supremas y no tienen este carácter las que quedan fuera, aunque tengan por objeto regular los órganos superiores del Estado⁷.

⁷ De Otto, Ignacio, Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes. Ob. Cit., página 18.

En segundo lugar, es una norma jurídica. Conforme lo indica el art. 6 inciso 2º, “*los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo*”. Su infracción genera una antijuridicidad que da lugar a responsabilidades y sanciones (art. 6, inciso 3º). Así, por ejemplo, el Presidente de la República puede ser acusado constitucionalmente por haber infringido abiertamente la Constitución (art. 52 N° 2, letra a)). Las disposiciones que el Tribunal Constitucional declara inconstitucionales, no pueden convertirse en ley o, en el caso de la inconstitucionalidad, se entiende derogado el precepto legal desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoge el reclamo (art. 94). El Contralor General de la República puede representar decretos o resoluciones por ser inconstitucionales, sin que el Presidente tenga la facultad de insistir (art. 99).

Los preceptos contenidos en la Constitución son obligatorios; no constituyen sugerencias, insinuaciones, sino que más bien mandatos o prohibiciones. Sus preceptos son verdaderas normas jurídicas que vinculan inmediata y simultáneamente a todos los órganos del Estado y a todas las personas y grupos⁸. No constituyen meros programas, idearios o planes⁹.

Este carácter de norma jurídica obligatoria se conoce como el valor normativo de la Constitución. Esta tiene valor normativo inmediato y directo¹⁰.

Nuestra doctrina¹¹ extrae ciertas consecuencias de dicho valor normativo. Desde luego, la Constitución no se hace operativa a través de la ley. Esta tiene una vinculación directa. Distinto es que algunos preceptos requieran la necesidad de un desarrollo normativo posterior. En este caso, la fuerza normativa se traslada al

⁸ Bulnes, Luz. La fuerza normativa de la Constitución, en: Revista Chilena de Derecho, Volumen N° 25, N° 1 (1998), página 137; Fernández, Miguel Ángel. La fuerza normativa de la Constitución, en: Revista de Derecho Público, Vol. 63º, página 78; Aldunate, Eduardo. La fuerza normativa de la Constitución y el sistema de fuentes del derecho, en Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XXXII, 1º semestre (2009), página 443 y siguientes.

⁹ Cea Egaña, José Luis. Sistema constitucional de Chile. Síntesis crítica, Ediciones Universidad Austral, Valdivia (1999), página 180.

¹⁰ García Enterría, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Ob. Cit., página 63.

¹¹ Bulnes Luz. La fuerza normativa de la Constitución, Ob. Cit. página 139; Fernández, Miguel Ángel. La fuerza normativa de la Constitución, Ob. Cit., página 78 y siguientes.

órgano que debe desarrollar dicho precepto, pues dicho desarrollo no es un consejo. Por eso, Miguel Ángel Fernández sostiene que desconocer la fuerza normativa de la Constitución importa consagrar la soberanía de la ley y no la supremacía de la Carta Fundamental¹². No porque la norma no sea completa y remita a otra, deja de tener valor jurídico. Este puede consistir en un criterio interpretativo, en un mandato al legislador, etc.¹³.

Otro efecto de la fuerza normativa directa de la Constitución es el efecto que provoca la interpretación conforme¹⁴. El intérprete debe entender todo el ordenamiento jurídico a partir de la Constitución. Las interpretaciones deben ser conforme a lo que la Carta Fundamental establece. Ninguna norma puede interpretarse en disonancia con lo que la Constitución establece.

Un tercer efecto de la fuerza normativa directa, es el efecto derogatorio de la Constitución respecto de todas las normas legales que se contrapongan a ello¹⁵.

Un cuarto efecto que le atribuyen los autores a la fuerza normativa de la Constitución, es su carácter justiciable¹⁶⁻¹⁷⁻¹⁸.

¹² Fernández, Miguel Ángel. La fuerza normativa de la Constitución, Ob. Cit., página 84.

¹³ Nieto, Alejandro. Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional, en: Revista de Administración Pública N° 100, páginas 385 y siguientes.

¹⁴ Aldunate, Eduardo. La fuerza normativa de la Constitución y el sistema de fuentes del derecho, Ob. Cit., página 446 y siguientes.

¹⁵ Sobre este punto, el Tribunal Constitucional tiene la doctrina que las normas legales contrarias a la Constitución generan un problema de inaplicabilidad y que, por lo mismo, son de su competencia (STC Rol N° 1298/2009). Algunos fallos de la Corte Suprema, en cambio, sostienen que la derogación es una atribución de los jueces del fondo (SCS Rol N° 1018/2009).

¹⁶ Bronfman, Alan; Martínez, José Ignacio, Núñez, Manuel. Constitución Política comentada, Editorial Abeledo Perrot, Santiago (2012), página 8.

¹⁷ Algunos autores extraen otros dos efectos. Uno es el control difuso. Todos los órganos del Estado deben aplicar la Constitución y preterir las normas legales e infralegales contrarias a ella (Fernández, Miguel. La fuerza normativa de la Constitución, Ob. Cit., página 95). El otro efecto es el de la inconstitucionalidad por omisión (Aros, Rodrigo. La fuerza normativa de la Constitución: un principio vinculante de la judicatura constitucional, en: Revista de Derecho Público, Vol. N° 66, página 145 y siguientes).

¹⁸ Otras discusiones sobre el significado del valor normativo de la Constitución son los siguientes: si la ley interfiere en el control de constitucionalidad de los actos administrativos; la aplicación directa de la Constitución en el recurso de casación; la derogación tácita por inconstitucionalidad; la eficacia horizontal de los derechos; y quien debe ser su garante final. (Silva, Luis Alejandro. La supremacía constitucional: fundamento y límite de su garantía por el Tribunal Constitucional, en: Anuario de Derecho Público N° 1 (2012), Universidad Diego Portales, página 615 y siguientes).

En tercer lugar, la Constitución es la norma superior del sistema jurídico. Como señala Ignacio de Otto¹⁹, el concepto de Constitución se construye a partir de la jerarquía entre normas. Las normas constitucionales se identifican por la ordenación que guardan con las demás; por la superioridad respecto de la legislación; de toda la creación normativa; de todos los actos de aplicación de la misma. La Constitución no está sometida a ninguna otra norma superior a ella.

Nuestro Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

“Que, en efecto, como lo manifestara este Tribunal en la sentencia recaída en el Rol N° 46, la Constitución es el estatuto jurídico de mayor jerarquía dentro del ordenamiento positivo que surge como expresión de un Poder que se denomina “Constituyente”²⁰.

El carácter de norma jurídica superior tiene variadas manifestaciones. Desde luego, la ley está subordinada a la Constitución, tanto desde el punto de vista formal, (debe seguir los procedimientos de formación de la ley para manifestarse válidamente), como desde el punto de vista material, es decir, la ley no puede afectar los derechos en su esencia (art. 19 N° 26) y puede ser controlada por el Tribunal Constitucional en su conformidad con la Constitución, de modo que este puede obstar a que se convierta en ley un determinado proyecto, inaplicar un precepto legal que resulte contrario a la Constitución en una gestión pendiente o, incluso, derogar un precepto que, después de haber sido inaplicable al menos una vez, resulta contrario a la Constitución. Enseguida, esta superioridad se ejerce respecto de todas las demás fuentes del derecho, con la limitación del artículo 5° (derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana) garantizados por la Constitución o por tratados. Las demás normas deben ser *“dictadas conforme a ella”* (art. 6). A continuación, la Constitución define el sistema de fuentes formales del derecho. La Constitución es la fuente de las fuentes, pues todas las normas deben ser dictadas conforme a ella.

¹⁹ De Otto, Ignacio, Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes. Ob. Cit., páginas 17 y 25.

²⁰ STC Rol N° 272/1997, considerando 10°.

En cuarto lugar, la Constitución es una norma que diseña su propio sistema de control, para asegurar su supremacía. La Carta Fundamental establece distintos controles. Unos están destinados a asegurar que los distintos poderes del Estado no se excedan o abusen de sus potestades. Otros mecanismos están destinados a asegurar la supremacía formal y material de la Constitución.

De ahí que la propia Constitución se encargue de establecer que las principales normas del sistema, además de las reformas a ella misma, sean objeto de control preventivo o represivo. Así sucede con la ley (art. 93, N° 1 y 3°); con los tratados (art. 93 N° 3). Estos controles pueden ser preventivos, pues operan antes que la norma surja al mundo del derecho, o pueden ser represivos, una vez que ya son leyes (art. 93 N° 6 y 7°). Asimismo, estos controles pueden ser obligatorios (art. 93 N° 1) o facultativos (art. 93 N° 3). En este último caso, la competencia del Tribunal debe ser activada por un requerimiento que formule el Presidente de la República, cualquiera de las Cámaras o una cuarta parte de sus miembros en ejercicio. En todo caso, los tratados tienen un limitado control represivo, toda vez que respecto de ellos sólo procede el recurso de inaplicabilidad (art. 93 N° 6), pero no la inconstitucionalidad (art. 93 N° 7)²¹.

Aparte del Tribunal Constitucional, también ejercen control de supremacía constitucional las Cortes de Apelaciones junto a la Corte Suprema, mediante el recurso de protección (art. 20), y la Contraloría General de la República respecto de los decretos y resoluciones (art. 99).

3. La reforma constitucional

Otra característica de la Constitución es que tiene su propio sistema de modificación o de derogación. La Carta Fundamental regula en un capítulo especial (Capítulo XV) la reforma a la Constitución.

²¹ El texto que aprobó el Congreso Nacional para adaptar la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, a la reforma del 2005, prohibía el control vía inaplicabilidad. Pero, el Tribunal Constitucional consideró que esa norma era inconstitucional cuando ejerció el control preventivo de la misma y que se tradujo en la Ley N° 20.381 (STC Rol N° 1288/2008)

La reforma a la Constitución es cualquier adición, enmienda o derogación que se haga de la Carta Fundamental²².

Las reformas constitucionales son producto del poder constituyente derivado. El poder constituyente originario *“es aquel es aquel que inicialmente dicta una Constitución o crea una posterior”*; *“es la expresión máxima del Poder del Estado, ya que crea el ordenamiento jurídico fundamental, estableciendo los “poderes constituidos” fijando sus atribuciones, encauzando sus actuaciones y, en fin, imponiéndoles limitaciones para asegurar, recíprocamente, su independencia y dar debida protección a los derechos de las personas que la misma Constitución reconoce”*²³. El poder constituyente derivado, en cambio, *“se expresa cuando, en virtud de una disposición constitucional que lo autoriza, se reforma, revisa o enmienda la Carta Fundamental”*²⁴.

Enseguida, las reformas constitucionales pueden abordar la materia que estimen pertinente. Por eso, pueden *“constitucionalizar”* algo que antes estaba en la ley. Por ejemplo, el principio de probidad que regula el actual art. 8º, antes era de rango legal. Por la reforma constitucional de 2005 (Ley N° 20.050), se elevó a rango constitucional²⁵.

Las normas de formación de la ley sólo se aplican a las reformas constitucionales en lo que no tenga una regla especial (art. 127). Las reglas especiales tienen relación con lo siguiente. En primer lugar, el quórum. La regla general es que la reforma constitucional se apruebe en cada cámara por 3/5 partes de los Diputados y Senadores en ejercicio. Sin embargo, los capítulos I, III, VIII, IX, XII o XV,

²² Vivanco, Ángela. Curso de Derecho Constitucional, Tomo I, Ediciones UC, 1º edición (2002) Santiago, página 389.

²³ STC Rol N° 272/1997, considerando 10º.

²⁴ STC Rol N° 272/1997, considerando 10º.

²⁵ De hecho las Constituciones no tienen un contenido predefinido. Hay algunas constituciones que tratan algunos asuntos que otras no hacen o que enfatizan aspectos que otras no destacan lo suficiente. Por ejemplo, la Constitución de 1980 introdujo un capítulo entero que denominó *“Bases de la Institucionalidad”* que no estaba en ninguna de nuestras constituciones previas. Si hubiera que hacer una tipología de las normas materiales de la Constitución, estas se pueden reconducir a los siguientes aspectos: derechos fundamentales; garantías institucionales; mandatos al legislador y principios fundamentales y fines del Estados. Sobre el punto: Rubio Llorente, Francisco. La Constitución como fuente de derecho, en: Carbonell, Miguel (Compilador). Teoría de la Constitución: Ensayos Escogidos. Editorial Porrúa, 1º edición (2008), México, página 155 y siguiente.

necesitan, en cada cámara, la aprobación de 2/3 de los Diputados y Senadores en ejercicio. En segundo lugar, las reformas pueden ser iniciadas por mensaje del Presidente o por moción de cualquiera de los miembros del Congreso Nacional²⁶. En tercer lugar, en caso que el veto que formule el Presidente a un proyecto de reforma constitucional, aprobada por ambas cámaras, sea rechazado y el Congreso insistiere en su texto original, el Presidente de la República puede consultar a la ciudadanía para que se pronuncie mediante un plebiscito respecto de las cuestiones en desacuerdo.

Asimismo, las reformas constitucionales se distinguen porque no tienen control obligatorio ante el Tribunal Constitucional. Eso lo puede conocer por medio de una cuestión de constitucionalidad a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio. En tal sentido, es un control facultativo.

Del mismo modo, las reformas constitucionales se distinguen porque una vez promulgado el proyecto y desde la fecha de su vigencia *“sus disposiciones formarán parte de la Constitución y se tendrán por incorporadas a esta”* (art. 129).

Un tema relevante es el que se refiere a los límites de las reformas constitucionales²⁷²⁸. Desde luego, hay límites que tienen que ver con la regulación propia de las reformas. En este sentido, deben ser aprobadas por el Congreso y por

²⁶ Tratándose de las leyes, el art. 65 hace una separación. La regla general es que los parlamentarios, por moción de cualquiera de sus miembros, pueden iniciar cualquier proyecto de ley. La excepción a esta regla son las materias de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, que están listadas en los incisos 3º y 4º del art. 65 de la Constitución.

²⁷ Henríquez, Miriam. El control de constitucionalidad de la reforma constitucional en el ordenamiento constitucional chileno, en: Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales, página 461 a 477; Díaz de Valdés, José Manuel. Algunas preguntas pendientes acerca del control de constitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional, en: Sentencias Destacadas 2006, Instituto Libertad y Desarrollo, Santiago (2007), página 145 a 166; Nogueira, Humberto. Consideraciones sobre el poder constituyente y la reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional, en: *Ius Et Praxis*, Año 15, Nº 1, página 229 a 262; Zúñiga, Francisco. Control de constitucionalidad de la reforma constitucional, en: *Estudios Constitucionales*, Año 4, Nº 2, 2006, página 415 a 433; Silva Bascuñán, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional. Tomo X. Editorial Jurídica de Chile (2006), página 255 y siguientes.

²⁸ Estos límites Nogueira, Humberto (Nogueira, Humberto. Consideraciones sobre el poder constituyente y la reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional. Ob. Cit, página 245 y siguientes) los clasifica en explícitos e implícitos; autónomos y heterónomos; absolutos y relativos.

el Presidente; deben reunir el quórum que corresponda; deben pasar el control de constitucionalidad en los casos que sea pertinente.

No obstante, algunos autores relevantes consideran que el art. 5 inciso 2º es un límite explícito en las reformas constitucionales²⁹. Por ejemplo, Silva Bascuñán³⁰ señala:

²⁹ El debate sobre los límites de las reformas se planteó recientemente en el fallo del Tribunal Constitucional sobre el segundo retiro de fondos (STC Rol N° 9797/2020). Mientras el voto de cinco ministros sostuvo que las reformas constitucionales tenían límites, los otros cinco ministros sostuvieron lo contrario. La médula del alegato de los ministros que sostenían que las reformas constitucionales tienen límites materiales, estaban en el considerando 7º, sostuvieron:

“SÉPTIMO: Que, la circunstancia de que el Capítulo XV de la Carta no prevea allí límites materiales a la ley de reforma constitucional, como enfatiza la Cámara de Diputados en este caso (fs. 1036), no implica que no las tenga, muy explícitamente, en aquella parte de la misma Constitución destinada a estos efectos. Tal como el artículo 66, al reglar las distintas mayorías parlamentarias con que han de aprobarse las leyes, tampoco indica lindes sustanciales o materiales, es obvio, sin embargo, que le son enteramente aplicables los límites al poder político que contemplan los capítulos I, “Bases de la Institucionalidad”, y III, “De los derechos y deberes constitucionales”, que estatuye el ordenamiento supremo vigente.

Negar este criterio importa atribuirse una exención improcedente y apartarse de un principio básico de hermenéutica constitucional, cual es que las normas de la Constitución deben aplicarse como un solo todo y que, a menos que algunas de ellas consagren excepciones expresas o casos especiales donde no cabe su concordancia íntegra, están llamadas a producir efectos directos e inmediatos de manera armónica, sin que la aplicación de una pueda conducir a la ineficacia de otra (STC Roles N°s. 46- 87; 280-98, y 1185-08).

Si, por lo demás, la propia Ley de Reforma Constitucional N° 21.200, al consagrar la posibilidad de contar con una nueva Carta Fundamental, dispuso que en todo caso ésta debe respetar ciertos principios básicos, como el carácter de República del Estado de Chile y su régimen democrático, entre otros (artículo 135), con cuanta mayor razón una mera reforma a la Constitución vigente no puede sustraerse de respetar sus normas esenciales, sin riesgo de asumir un carácter insular incompatible con su necesaria inserción dentro de un sistema jurídico coherente y unitario”.

El voto de los otros cinco ministros, sostiene lo siguiente:

“180.- (...) En consecuencia, no deja de sorprender la falta de rigor técnico de la sentencia en cuestiones esenciales de la teoría constitucional. Después de 54 reformas constitucionales en Chile y donde todos los capítulos de la Constitución han sido reformados (incluyendo el Banco Central este año como el último sin cambios), surge un cuestionamiento sobre los límites de la reforma. Y todo ello mientras ya existe una vía abierta y legítima hacia una nueva Constitución. Aquí se cuestiona y desconoce la teoría de fuentes (la mayor jerarquía constitucional subordina la ley y no al revés y menos un Decreto Ley). Las Bases de la Institucionalidad no son intocables y se han reformulado todos sus artículos salvo el 2º y el 4º, incluyendo materiales legales que se constitucionalizaron como la probidad, entre otras cuestiones. Trasladar la teoría de control de leyes a leyes de reforma constitucional y no construir un parámetro a partir del cual se pueden limitar decisiones constitucionales, convierte esta sentencia en una de aquellas que no sólo no se pueden compartir, sino que la doctrina constitucional en cualquier lugar reprobaría”.

³⁰ Silva Bascuñán, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional, Tomo X, Ob. Cit., página 264. En el mismo sentido: Evans de la Cuadra, Enrique. Los Derechos Constitucionales, Tomo I, Editorial

“Si la Carta de 1980 precisa que ‘el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana’ (artículo 5, inciso 2º) el poder constituyente instituido o derivado, al reformar la Carta, no puede prescindir de la valla sustancial que ha tenido en cuenta el constituyente por cuya autoridad se estableció el estatuto básico y se ha venido completando y adaptando”.

A mayor abundamiento, el procedimiento de elaboración para la Nueva Carta Fundamental establece, en su artículo 135º, una serie de límites para elaborar el texto de la Nueva Constitución. Dicho precepto señala:

“El texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Dichos límites tienen las siguientes características.

En primer lugar, por su respeto sólo debe velar la propia Convención Constitucional. De lo que se reclama ante la Corte Suprema, conforme al artículo 136 de la Constitución, es de *“una infracción a las reglas de procedimiento aplicables a la Convención”* y de *“aquellas de procedimiento que emanen de los acuerdos de carácter general de la propia Convención”*. No cabe interponer la reclamación ante la Corte Suprema por sobrepasar los límites recién señalados, mediante la acción que regula el art. 136º de la Constitución³¹. Dicha exclusión está dada en tres incisos

Jurídica, 3º edición (1999), Santiago, página 25. La cita respectiva la haremos más adelante. También, Nogueira Alcalá, Humberto. La Reforma a la Constitución, páginas 191 a 218. En contra de esta posición, se muestra Zúñiga Urbina, Francisco. ¿Son los derechos fundamentales límites para el poder constituyente de la nueva Constitución chilena?, página 237 a 290; Meléndez, Felipe. El Tribunal Constitucional chileno y su rol en el control de la reforma constitucional: una atribución problemática, página 219 a 235, todos en: Los Derechos Fundamentales como Inspiración y Marco del Cambio Constitucional, en: Aguilar, Gonzalo. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1º edición (2017).

³¹ El recurso ante la Corte Suprema está regulado de la siguiente manera, en el art. 136º:

“Se podrá reclamar de una infracción a las reglas de procedimiento aplicables a la Convención, contenidas en este epígrafe y de aquellas de procedimiento que emanen de los

del art. 136°. Desde luego, el inciso primero del art. 136, en su parte final, señala: *“En ningún caso se podrá reclamar sobre el contenido de los textos en elaboración”*. Enseguida, el inciso final del art. 136 establece: *“No podrá interponerse la reclamación a la que se refiere este artículo respecto del inciso final del artículo 135 de la Constitución”*. Finalmente, el inciso séptimo del art. 136 dispone: *“Ninguna autoridad, ni tribunal, podrán conocer acciones, reclamos o recursos vinculados con las tareas que la Constitución le asigna a la Convención, fuera de lo establecido en este artículo”*.

En segundo lugar, los límites se refieren a cuatro aspectos. La Nueva Constitución debe respetar *“el carácter de República del Estado de Chile”, “su régimen democrático”, “las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas” “y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”* (art. 135).

Esos límites establecidos en el art. 135, aplicables a la Nueva Constitución, no están establecidos para el procedimiento de reforma parcial de la Constitución que nos rige. Están establecidos para *“el texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito”* (art. 135, inciso final).

Sin embargo, el art. 5° de la Constitución juega como un límite para el poder constituyente derivado, como veremos más adelante.

acuerdos de carácter general de la propia Convención. En ningún caso se podrá reclamar sobre el contenido de los textos en elaboración.

Conocerán de esta reclamación cinco ministros de la Corte Suprema, elegidos por sorteo por la misma Corte para cada cuestión planteada.

La reclamación deberá ser suscrita por al menos un cuarto de los miembros en ejercicio de la Convención y se interpondrá ante la Corte Suprema, dentro del plazo de cinco días desde que se tomó conocimiento del vicio alegado.

La reclamación deberá indicar el vicio que se reclama, el que deberá ser esencial, y el perjuicio que causa”.

4. El impacto de la supremacía constitucional en la ley

Frente a la voluntad subjetiva del Rey, la Revolución Francesa levantó el principio de legalidad. La ley era la que entregaba potestades a los distintos órganos del Estado.

La concepción de ley de la Revolución Francesa se construye sobre la base de los siguientes elementos³².

En primer lugar, es una manifestación de la voluntad soberana. La ley la hacen los representantes del pueblo, electos, y actúan en una asamblea deliberativa³³.

En segundo lugar, la ley, para terminar con los privilegios de todo tipo que existían en el Antiguo Régimen, debe ser general³⁴.

En tercer lugar, la ley tiene su propio mecanismo de corrección. Esta es la casación. Mediante este mecanismo, el máximo tribunal de cada país corrige cuando el juez aplica una normativa legal al caso concreto de modo equivocado.

En cuarto lugar, la ley es el centro del ordenamiento jurídico. Los tribunales aplican la ley para resolver controversias en el caso concreto; la Administración debe

³² García de Enterría, Eduardo. La democracia y el lugar de la ley, en: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, (1997), página 79 a 96.

³³ En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, ello se expresa en los artículos 3º y 6º, que señalan:

“Artículo 3.- *El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo, ningún individuo, pueden ejercer una autoridad que no emane expresamente de ella.*
Artículo 6.- *La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes. Debe ser la misma para todos, ya sea que proteja o que sancione. Como todos los ciudadanos son iguales ante ella, todos son igualmente admisibles en toda dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos”*.

³⁴ El mismo artículo 6º de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, señala:

“Artículo 6.- *La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes. Debe ser la misma para todos, ya sea que proteja o que sancione. Como todos los ciudadanos son iguales ante ella, todos son igualmente admisibles en toda dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos”*

ejecutar la ley para satisfacer necesidades públicas. De ahí que la interpretación general de la ley, la haga sólo el mismo legislador, no lo tribunales.

Finalmente, la ley define lo que es lícito. Todo lo que no esté prohibido, está permitido. Por lo mismo, la ley es la que asegura los derechos de las personas. La ley no puede causar daño³⁵.

Es ese modelo de ley el que termina con la subordinación de la ley a la Constitución. Ello se expresa en hitos muy específicos.

En primer lugar, la ley debe respetar no solo los procedimientos legislativos para expresarse. Es lo que dice nuestro Código Civil: *“La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución”* (art. 1). La ley debe respetar en forma sustantiva los derechos que se consagran ahora en la Constitución. Un organismo especializado es el encargado de velar porque dicha supremacía se cumpla por la ley. Dicho órgano tiene el poder de anular la ley inconstitucional, que no respeta la supremacía formal o material de la Carta

³⁵ La Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, dispone lo señalado en los artículos 2º, 16º, 4º, 5º y 7º, que señalan:

“Artículo 2.- La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

Artículo 16.- Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución.

Artículo 4.- La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites sólo pueden ser determinados por la ley.

Artículo 5.- La ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la sociedad. Nada que no esté prohibido por la ley puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a hacer algo que ésta no ordene.

Artículo 7.- Ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, como no sea en los casos determinados por la ley y con arreglo a las formas que ésta ha prescrito. Quienes soliciten, cursen, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deberán ser castigados; pero todo ciudadano convocado o aprehendido en virtud de la ley debe obedecer de inmediato; es culpable si opone resistencia”.

Fundamental. Esta visión, aparece con la Constitución Austriaca de 1920 en Europa³⁶³⁷.

En segundo lugar, el otro hito fundamental para asegurar la supremacía constitucional, es la limitación que establece la Constitución Alemana de Postguerra. En ella, expresamente, se establece que en ningún caso un derecho fundamental se puede afectar en su contenido esencial (art. 19). Con ello, el legislador sufre una restricción fundamental, porque, al regular los derechos, no puede desnaturalizarlos³⁸.

Con el surgimiento de los Tribunales Constitucionales surge la lógica del precompromiso. Una Constitución es como un freno, mientras que el electorado sostiene Holmes³⁹, es como un caballo desbocado. Los ciudadanos necesitan una Constitución, así como Ulises necesitó que lo ataran al palo mayor. Que se permitiera a los votantes realizar sus deseos inevitablemente naufragarían. Al atarse a unas reglas rígidas, pueden evitar tropezarse con sus propios pies. En este sentido, los frenos constitucionales, lejos de ser antidemocráticos, pueden reforzar la democracia.

Con la supremacía constitucional, la Constitución reemplaza a la ley en la garantía de los derechos. A ella le corresponde diseñar los mecanismos para promoverlos y respetarlos. Sin embargo, producto de la globalización, con la consiguiente integración, nuevos límites comienzan a aparecer para la propia Constitución. Esos límites a la Constitución pueden venir de dos fuentes. Por una parte, pueden venir del propio derecho nacional. El poder constituyente, que es el que dicta o reforma

³⁶ Ferreres, Víctor. Una defensa del modelo europeo del control de constitucionalidad. Editorial Marcial Pons (2011), página 25 y siguientes; Gargarella, Roberto. La justicia frente al gobierno. Barcelona, España: Editorial Ariel, (1996); Zapata, Patricio. Justicia constitucional, Editorial Jurídica, 1º edición (2008), página 72 y siguientes.

³⁷ En Chile, aparece en 1925, con la acción de inaplicabilidad a cargo de la Corte Suprema. Luego, en 1970, con la creación del Tribunal Constitucional y el control preventivo facultativo de la ley. Se ratifica en 1980, con el control preventivo obligatorio de las Leyes Orgánicas Constitucionales. Y, culmina el 2005 con la posibilidad del Tribunal Constitucional de derogar una ley por ser inconstitucional.

³⁸ La actual Constitución chilena recoge esta limitación en el N° 26 de su artículo 19.

³⁹ Holmes, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia, en: Elster, Jon, y Rune Slagstad (comps.). Constitucionalismo y democracia, Editorial Fondo de Cultura Económica (1999), páginas 49 a 88.

la Constitución, puede estar limitado por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Por la otra, puede estar limitado por tratados internacionales en materia de derechos humanos. Estos imponen deberes de respeto y promoción de dichos derechos y quedan al margen de cualquier modificación o derogación de derecho interno que no sea lo previsto en el propio tratado, o en las normas generales de derecho internacional.

II. LOS TRATADOS Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Un segundo elemento importante de considerar es la forma en que operan los tratados en nuestro sistema jurídico.

1. El concepto de tratado

Conforme a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, un tratado es *“un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”* (art. 2.1. a)).

El término tratado incluye a las *“convenciones”*, que es un tratado que establece normas generales; al *“protocolo”*, que es un documento anexo aclaratorio; al *“estatuto”*, que es un tratado colectivo que establece normas para los tribunales internacionales; al *“acuerdo”*, usado preferentemente para tratados de tipo económico, financiero o comercial; al *“modus vivendi”*, que es un acuerdo de tipo temporal; al *“compromiso”*, utilizado para acuerdos sobre litigios que serán sometidos a arbitraje⁴⁰.

Los tratados o convenciones internacionales constituyen una de las fuentes del derecho internacional. Otras son la costumbre internacional, los principios generales

⁴⁰ Llanos, Hugo, Teoría y práctica del Derecho Internacional Público. Introducción y fuentes. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición (2005), página 69.

de derecho, las decisiones judiciales, la doctrina de los publicistas, los actos unilaterales de los Estados.

La definición de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, enfatiza ciertos elementos.

Por de pronto, el acuerdo. Entre quienes suscriben un tratado tiene que existir una manifestación de voluntad coincidente en torno a ciertos efectos. El tratado es un acto consciente y deliberado.

Enseguida, el acuerdo debe ser suscrito entre Estados. Sin embargo, nada obsta a que los tratados los puedan suscribir uno o más Estados y una organización internacional con personalidad jurídica⁴¹.

Asimismo, la definición destaca que el acuerdo debe ser escrito. Dicho instrumento escrito puede constar en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos.

Además, la definición destaca que el tratado debe ser regido por el derecho internacional y no por el derecho interno.

También, en cuanto a sus efectos, los tratados vinculan a quienes los suscriben, es decir, generan derechos y obligaciones entre las partes contratantes. No obstante, pueden generar efectos respecto de otros Estados. La regla general es que los tratados vinculan a quienes los celebraron. Para que un tercer Estado quede afectado por un tratado, es necesario su consentimiento (art. 3)⁴².

Los tratados terminan de distinta manera. Por una parte, concluyen por causas previstas en el propio tratado (art. 54). Y, por la otra, por causas previstas en el derecho internacional. Entre estas últimas, se encuentran la denuncia o retiro (art. 56), la imposibilidad subsiguiente de cumplimiento (art. 61), el cambio fundamental de circunstancias (art. 62), la violación grave del tratado (art. 60), el surgimiento de

⁴¹ Pastor Ridruejo, José. Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones internacionales, Editorial Tecnos, 8º edición (2001), página 89.

⁴² Benadava, Santiago. Derecho Internacional Público, Editorial Jurídica Cono Sur, 5º edición (1997), Santiago, página 35 y siguientes.

una nueva norma de *ius cogens* (art. 64). Salvo que las partes hayan dispuesto otra cosa, la terminación de un tratado exime a las partes de la obligación de seguir cumpliéndolo, y no afecta ningún derecho, obligación o situación jurídica, creada por el tratado antes de su terminación (art. 70).

Como se observa, las normas de derecho interno, aún las constitucionales, no son una forma de poner término a los tratados.

Los tratados pueden ser clasificados desde distintos puntos de vista.

En relación al número de partes, pueden ser bilaterales, multilaterales o colectivos.

Con relación a si permiten la incorporación de más Estados, pueden ser abiertos o cerrados.

Respecto a si requieren o no actos legislativos o administrativos complementarios, o si son o no susceptibles de aplicación directa o inmediata en el orden interno, los tratados pueden ser autoejecutables o no autoejecutables⁴³.

Desde el punto de vista de su conclusión, hay tratados solemnes o formales y acuerdos con forma simplificada⁴⁴.

Además, hay tratados leyes, en que se crean reglas de carácter general y permanente, y tratados contrato, en que las partes concilian sus intereses en bases comunes⁴⁵.

Los tratados también pueden ser clasificados en tratados de derechos humanos y otros tratados internacionales. Los primeros tienen por objeto y fin la protección de

⁴³ Para Ximena Fuentes y Diego Pérez (Fuentes, Ximena; Pérez, Diego. El efecto directo del derecho internacional en el derecho chileno Volumen 25, N° 2 Coquimbo (dic. 2018). página 139 – 140), la regla general es que los tratados en Chile no son autoejecutables. Por excepción son autoejecutables los tratados comprendidos en el art. 5° inciso 2° de la Constitución y aquellos que lleve a efecto el Presidente de la República en virtud de su potestad reglamentaria.

⁴⁴ Los tratados solemnes contemplan toda una serie de etapas: negociación, adopción del texto, firma, aprobación del Poder Legislativo, ratificación, canje de los instrumentos de ratificación. Los tratados en forma simplificada o informales, son acuerdos que abrevian dicho trámite. Estos pueden no ir al Congreso porque no abarcan materias de ley; porque son pactados en uso de las facultades del Presidente, porque se llevan a cabo para cumplir una ley o un tratado (Llanos, Hugo, Teoría y práctica del Derecho Internacional Público. Ob. Cit, página 117 y siguientes).

⁴⁵ Llanos, Hugo, Teoría y práctica del Derecho Internacional Público. Ob. Cit, página 65 y siguientes.

los derechos fundamentales de las personas, independientemente de su nacionalidad. En ellos, los Estados asumen obligaciones no en relación con los otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción. Más que establecer un equilibrio de intereses entre los Estados, buscan garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano. En tal sentido, estos tratados están en un estatus especial dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Por efecto del art. 5 de la Constitución, el Estado debe respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, que estuvieren garantizados en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes⁴⁶.

Estos tratados, de acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son *“toda disposición concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional, aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cual sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estado ajenos al sistema interamericano”*⁴⁷.

El objeto de estos tratados no es el intercambio recíproco, el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y propósito es la protección de los derechos fundamentales. Prescriben obligaciones objetivas, que deben ser garantizadas o implementadas colectivamente. Enfatizan el predominio de condiciones de interés general que trascienden los intereses individuales de las partes⁴⁸.

Estos tratados están sujetos a particulares reglas de interpretación, como la igualdad, la no regresividad, el pro homine, en favor de la libertad. El principio pro

⁴⁶ Llanos, Hugo, Teoría y práctica del Derecho Internacional Público. Introducción y fuentes. Tomo I, Ob. Cit. página 67.

⁴⁷ OC-1/82, de 24.09.1982.

⁴⁸ Muñoz Gajardo, Sergio, “El estándar de convencionalidad y el principio pro homine”, en Nogueira Alcalá, Humberto (coord.), La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos, Editorial CECOCH y Librotecnia, 2014, Santiago, pp. 166 y 167.

homine obliga a aplicar la norma más protectora; también la más favorable y a realizar una interpretación tutelar⁴⁹⁵⁰.

2. Soberanía y tratados

La soberanía es el conjunto de competencias que un Estado tiene sobre los elementos que lo componen. Se traduce en la independencia o en la autonomía para decidir, sin subordinación que tiene un Estado. La soberanía es la “*expresión jurídica del poder estatal*”⁵¹.

Tradicionalmente, esa soberanía se distingue, por de pronto, por su plenitud, pues las limitaciones a la misma no se presumen. Su propósito es asegurar el cumplimiento de las funciones del Estado. En este sentido, la soberanía tiene un carácter funcional, porque el Estado tiene esas competencias para velar por los intereses generales y permanentes del propio Estado. Enseguida, dicha soberanía es exclusiva, en el sentido que no se permite el ejercicio de otras competencias de manera conjunta sobre los mismos elementos del Estado, de no mediar el consentimiento del mismo. Es, por tanto, excluyente e incompatible con otra. Además, se distingue por su permanencia, pues dichas competencias no tienen un horizonte de tiempo acotado para su ejercicio. Al contrario, son temporalmente ilimitadas. Finalmente, se distingue por la centralidad, pues es la soberanía la que entrega poderes de actuación a los distintos órganos del Estado.

En el plano internacional, la soberanía explica la continuidad y la identidad del Estado, la sucesión de los Estados, las competencias estatales sobre los espacios marítimos y aéreos; la igualdad soberana de los Estados que permite la no intervención en asuntos internos de otros. En el plano interno, se traduce en un

⁴⁹ Muñoz Gajardo, Sergio, “El estándar de convencionalidad y el principio pro homine”, Ob. Cit. páginas 172 y siguientes.

⁵⁰ El Ministro Sergio Muñoz cita jurisprudencia donde se ha aplicado el principio pro homine por la Corte Suprema, en las distintas áreas del derecho: en materia civil (Roles N° 1039/2005; 6142/2012; 1944/2013); en familia (Roles N° 9108/2010; 3234/2011); en materia laboral (Roles N° 9381/2012); en penal (Roles N° 1984/2009; 7364/2012).

⁵¹ García Pino, Gonzalo. Contreras, Pablo, Martínez, Verónica. Voz: “Soberanía”, en: Diccionario Constitucional Chileno, Editorial Hueders, Santiago (2016), página 927.

conjunto de atribuciones que el ordenamiento jurídico propio de cada Estado entrega a sus distintos órganos para la obtención de la finalidad del propio Estado.

No obstante, una soberanía llevada al extremo no permitiría la coexistencia entre Estados; y el respeto y promoción que los Estados deben a los derechos de las personas que habiten en él.

La Constitución chilena trata la soberanía de distinta manera. Por de pronto, se refiere a ella en cuanto a quien es el titular de la misma (art. 5); el modo en que se realiza (art. 5); sus límites (art. 5); su aspecto o seguridad externa (arts. 24, 101); y como causal de responsabilidad en la acusación constitucional (art. 52 N° 2). Asimismo, la trata como límite a ciertos derechos (art. 19 N° 11; N° 16; N° 21 y N° 24).

El sujeto activo de la soberanía, conforme al art. 5, es en quien reside. Ahí la Constitución hace una separación, entre el sujeto en quien reside (la Nación) y en quien realiza su ejercicio (el pueblo)⁵²⁵³⁵⁴. El pueblo la ejerce a través del plebiscito y de las elecciones periódicas, sin que nadie pueda atribuirse este ejercicio (art. 5)⁵⁵.

⁵² Lo que se buscó con señalar que la soberanía radicaba en la Nación fue cuestionar que la soberanía se redujera a una mera voluntad electoral, y en que el pueblo está vinculado a una realidad más profunda que es la patria. En esta los sujetos no se incorporan sólo en calidad de ciudadanos, sino que abarca las generaciones que con su obra sucesiva han plasmado el alma nacional. La patria no es patrimonio de ninguna generación determinada (Silva Bascuñán, Alejandro, Tratado de Derecho Constitucional, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, 2° edición (1997), página 92).

⁵³ La Nación ha sido definida por el Tribunal Constitucional, como “*aquella agrupación de personas, unidas por vínculos materiales y espirituales, que los hace tener conciencia de poseer caracteres comunes que les permite diferenciarse de otros grupos nacionales, y en que los individuos manifiestan y demuestran tener la voluntad de conservar esos lazos de unidad*” (STC Rol N° 346/2002, considerando 40).

⁵⁴ Históricamente, la soberanía se radicó por en el pueblo, siguiendo a Rousseau. El Rey no es el soberano, sino que los individuos que forman la sociedad política y que expresan su voluntad a través de representantes en la Asamblea. Luego, se pasó a que la soberanía radicaba en la Nación (el Abate Sieyes). Modernamente, la soberanía radica en el pueblo, nuevamente, constituido por los ciudadanos o quienes tienen derecho a voto (Cea, José Luis. Derecho Constitucional Chileno, Tomo I, Ediciones UC, 2° edición (2008), página 210).

⁵⁵ Mientras la Nación es un concepto que apunta a una unidad política, el pueblo apunta al conjunto de ciudadanos que componen dicha unidad. En este sentido, el pueblo es soberano constituyente y órgano constituido, y da legitimidad directa o indirecta de todas las autoridades que ejercen una función pública, que debe retrotraerse al momento de la elección popular. La Nación es un concepto

El sujeto pasivo de la soberanía, es decir, quien debe acatar esas decisiones no concurrentes, son las personas que habitan el Estado, otros Estados, otras organizaciones internacionales y los órganos públicos, sean o no de la Administración. Respecto de ellos, el Estado, mediante el ejercicio de la soberanía, entrega competencias, potestades o decisiones. El ejercicio de estas competencias puede generar situaciones activas, de ampliación de derechos, o situaciones pasivas, de restricción de los mismos, mediante cargas, deberes, obligaciones o prohibiciones.

Una de las manifestaciones de la soberanía en el plano interno, es el poder constituyente originario⁵⁶. Este se denomina así en cuanto no deriva de ningún otro poder jurídico preexistente. En este sentido, no opera como una potestad estatal. Distinto es el poder constituyente derivado. Este se ejerce a través de atribuciones que el poder constituyente originario establece. En tal sentido, no puede ir más allá que lo que el poder constituyente originario estableció. El poder constituyente originario, ha dicho el Tribunal Constitucional, es la expresión máxima del poder del Estado, ya que crea el ordenamiento jurídico fundamental, estableciendo los “*poderes constituidos*”. Es la facultad inherente a toda comunidad política soberana a darse su ordenamiento jurídico político originario por medio de una Constitución. El poder constituyente derivado es constituido por el poder constituyente originario, pues fija sus atribuciones, encauza sus actuaciones y le impone limitaciones, para asegurar la independencia de esos órganos y dar debida protección a los derechos

abstracto, impersonal, que no tiene una legitimidad mediante elección popular. El pueblo es el conjunto de ciudadanos que decide mediante el sufragio. El sufragio canaliza la participación del pueblo en la toma de decisiones, otorgando legitimidad a estas. Por eso, la Constitución indica que el ejercicio de la soberanía lo realiza el pueblo mediante votaciones populares (plebiscito y elecciones periódicas), y las autoridades que la Constitución establece. Estas últimas pueden ser electas o designadas por autoridades electas (Marshall, Pablo. Derecho a sufragio, en: Contreras Pablo, Salgado, Constancia, Curso de Derechos Fundamentales, Tirant Lo Blanch, Valencia (2021), página 605 a 632).

⁵⁶ El poder constituyente originario encierra “*la médula de la soberanía, lo esencial del derecho de autonomía que marca sustancialmente la vida misma del Estado, aquello que, puesto en duda en su efectividad o coartado en su ejercicio, entraña desconocer la propia vida independiente de la sociedad política*” (Silva Bascuñán, Alejandro, Tratado de Derecho Constitucional, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2º edición (1997), página 101).

de las personas que la misma Constitución reconoce. El poder constituyente originario no puede ser ni siquiera controlado por el propio Tribunal Constitucional⁵⁷.

Otra manifestación de la soberanía del Estado es la posibilidad de obligarse internacionalmente mediante tratados. A través de los tratados, como ya se indicó, los Estados adquieren derechos y obligaciones. En tal sentido, se autolimitan frente a la comunidad internacional.

La Constitución concibe a los tratados como una limitación a la soberanía en un doble sentido. Por una parte, porque al ratificarlos el Estado adquiere compromisos que no puede eludir. Todo tratado en vigor, dice la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe (art. 26), sin que sea posible invocar disposiciones de derecho interno para justificar su incumplimiento (art. 27). Asimismo, las disposiciones de un tratado, de acuerdo a lo que señala el art. 54 N° 1, inciso 5° de la Constitución, quedan fuera de la disponibilidad del propio Estado, toda vez que sus disposiciones “*sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional*”. Por la otra, en la medida que los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes garanticen derechos, la soberanía se ve limitada, pues el Estado debe respetarlos y promoverlos (art. 5°).

Dada la importancia de estos efectos, la Constitución se preocupa de reglar las facultades necesarias para suscribirlos y ratificarlos. Así, el Presidente de la República tiene la facultad de negociarlos (art. 32 N° 15), concluirlos (art. 32 N° 15), firmarlos (art. 32 N° 15), someterlos a aprobación del Congreso (art. 54), ratificarlos (art. 32 N° 15), denunciarlos (art. 54), formularles reservas (art. 54), dictar los decretos con fuerza de ley que el Congreso le autorice para el cabal cumplimiento del tratado (art. 54). Por su parte, el Congreso tiene la facultad de aprobar o rechazar el tratado que le es sometido por el Presidente (art. 54), sugerirle reservas o declaraciones interpretativas (art. 54), manifestarle al Presidente su opinión para la

⁵⁷ STC Rol N° 272/1997.

denuncia o retiro de un tratado (art. 54), recibir información sobre la materialización de la denuncia o retiro de un tratado o el retiro de una reserva que el Congreso tuvo en cuenta al aprobar un tratado (art. 54).

La Constitución también regula la tramitación de la aprobación o el rechazo que manifiesta el Congreso respecto de los tratados que el Presidente de la República le presente. Desde luego, la Constitución señala que la aprobación de los tratados “*se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley*”. La restricción radica en que los tratados se analizan como un todo. Por lo mismo, se aprueban o rechazan. No caben indicaciones. También, se aprueba por el quórum que corresponda. Si el tratado tiene materias de Ley Orgánica Constitucional o de Ley de Quórum Calificado, deben reunir el quórum de estas (art. 66). Asimismo, los tratados pueden ir a control del Tribunal Constitucional. Este control es preventivo y represivo. Es obligatorio, respecto de los tratados que versan sobre materias de Ley Orgánica Constitucional (art. 93, N° 1). El facultativo, cuando el Presidente de la República, cualquiera de las Cámaras o una cuarta parte de sus miembros en ejercicio formulen un requerimiento ante el Tribunal Constitucional (art. 93 N° 3). El control represivo, por su parte, opera a través de la inaplicabilidad.

Si la Constitución se preocupa de regular detalladamente la aprobación del tratado y su ratificación, es para que el propio Estado asuma los efectos del tratado.

Ahora bien, la Constitución hace un doble subrayado de los límites que implican los derechos para la soberanía. En primer lugar, porque lo hace respecto de la soberanía en general. De ahí que el art. 5° inciso segundo parta diciendo que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. En segundo lugar, porque, como consecuencia de lo anterior, los órganos del Estado deben respetar y promover tales derechos, sea que estén garantizados en la Constitución o en tratados. Como señala Silva Bascuñán⁵⁸ el propósito de esta segunda oración del artículo 5° es “*reforzar el vigor con que se establece la limitación de la soberanía*”, proclamando,

⁵⁸ Silva Bascuñán, Alejandro, Tratado de Derecho Constitucional, Tomo IV, Ob. Cit., página 110.

ahora, el deber de los órganos del Estado en concreto. El mandato que se establece a esos órganos implica que *“no pueden colocarse, en relación a los derechos a que el constituyente se refiere, en una actitud simplemente pasiva, tomándolos como causa de restricción a su actividad, sino en una postura de vigilancia y afirmación en cuanto a su observancia y de actividad en su promoción”*⁵⁹.

El hecho que se exija que los derechos estén enlistados en la Constitución o en los tratados, tiene un doble propósito. Por una parte, los límites a la soberanía deben ser claros y precisos. Por la otra, porque el catálogo de la consagración (Constitución o tratado) implica dos niveles de legitimación complementaria: uno interno, del poder constituyente; y otro externo, proveniente del consenso alcanzado por la comunidad internacional⁶⁰. Para que los derechos garantizados en tratados puedan ser invocados es necesario el cumplimiento de ciertas condiciones. Desde luego, que estén enlistados en tratados internacionales. Enseguida, ese tratado debe haber sido ratificado y encontrarse vigente. Y, finalmente, el tratado garantice derechos que emanan de la naturaleza humana⁶¹.

Las obligaciones que el Estado adquiere por la incorporación de un tratado ratificado y vigente, que contenga derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, son de dos tipos: el respeto y la promoción (art. 5). El respeto, para Nogueira⁶², consiste en que no pueden afectar, restringir, limitar o menoscabar un derecho fundamental, ya sea por acción u omisión. La promoción, por su parte, implica una actividad positiva de los órganos estatales, destinada a posibilitar el efectivo ejercicio de los derechos y eliminar los obstáculos normativos de cualquier tipo o las prácticas que afecten su ejercicio real y efectivo. Para Coddou⁶³, el deber general

⁵⁹ Ibíd.

⁶⁰ Silva Bascuñán, Alejandro, Tratado de Derecho Constitucional, Tomo IV, Ob. Cit., página 111 y 112.

⁶¹ Vivanco, Ángela. Curso de Derecho Constitucional, Tomo II, Ediciones UC, 1º edición (2006), página 94; Cea Egaña, José Luis. Derecho Constitucional Chileno, Tomo I, Ediciones UC, 2º edición, página 216.

⁶² Nogueira, Humberto. Derecho Constitucional, Thomson Reuters, 1º edición (2013), Santiago, página 310.

⁶³ Coddou, Alberto. Deberes generales de respetar, proteger y promover los derechos fundamentales, en: Contreras Pablo; Salgado, Constanza. Manual sobre Derechos Fundamentales, Editorial LOM, 1º edición (2017), pp. 374 – 375.

de respetar los derechos fundamentales implica fundamentalmente la obligación de abstenerse de violarlos o infringirlos, es decir, de abstenerse de realizar actos materiales que incumplan con la obligación correlativa a la pretensión jurídica. Por ello, se ha señalado que el deber de respetar constituye una obligación universal, cuyos destinatarios pueden ser tantos estados como individuos o entidades no – estatales. El deber general de promoción, implica la proactividad estatal en la difusión de los derechos y la educación necesaria para que los primeros interesados en su protección sean los propios titulares. Para García⁶⁴ la obligación de respeto implica, fundamentalmente, la obligación de abstenerse de violar o infringir los derechos. Exige una abstención o una inacción estatal. El deber de promoción, en cambio, es incrementar o impulsar su desarrollo, su umbral de realización a partir de acciones que remuevan los obstáculos que impidan un mayor alcance e intensidad de su efectividad. Mientras la obligación de respeto es negativa y de cumplimiento inmediato, la obligación de promoción es positiva y de cumplimiento progresivo.

Estas dos obligaciones son consistentes con aquellas que se establecen en materia de derecho internacional de los derechos humanos. Ahí existen dos obligaciones generales: la obligación de respetar y la obligación de garantizar los derechos. La obligación de respeto de los derechos consiste en cumplir directamente con la norma establecida, ya sea absteniéndose de actuar o dando una prestación. Es no violar ni directa, ni indirectamente, por acciones u omisiones, los derechos y libertades reconocidos en la Convención. La obligación de garantía consiste en organizar el ejercicio del poder público para asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Supone el deber de impedir o hacer todo lo racionalmente posible para impedir que se violen los derechos humanos de las personas sometidas a la jurisdicción del Estado. Conlleva la obligación de prevenir, investigar, reparar, sancionar⁶⁵.

⁶⁴ García Pino, Gonzalo; Contreras, Pablo. Estudios sobre control de convencionalidad, Ediciones DER, 1º edición (2020), páginas 84, 85 y 89.

⁶⁵ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. La obligación de respetar y garantizar los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en: Estudios Constitucionales, Año 10, N° 2 (2012), página 141 – 192.

Para que las obligaciones de respeto y promoción del art. 5 de nuestra Constitución surjan, es necesario que se cumplan dos condiciones. Por una parte, que nos encontremos ante derechos esenciales que emanen de la naturaleza humana. Con esta expresión se busca resaltar que la limitación opera respecto de todos los derechos y no sólo de algunos. La expresión esencial no tiene que ver con derechos importantes o relevantes y derechos secundarios o menos relevantes⁶⁶. Los derechos que emanan de la naturaleza humana son aquellos inherentes a la persona⁶⁷. Dichos derechos son aquellas libertades, igualdades o inviolabilidades que fluyen de la dignidad humana y que son intrínsecos de la naturaleza singularísima del titular de esa cualidad⁶⁸. En segundo lugar, esos derechos deben estar garantizados, por la Constitución y/o por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Los tratados que garanticen derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, pueden ser los generales que se refieren a esta materia (por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) o tratados que establezcan protecciones específicas respecto de determinados sujetos (Convención sobre los Derechos del Niño; Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer), o tratados que protejan derechos muy específicos (Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes).

El hecho que la Constitución utilice la expresión “*órgano del Estado*” para imponer el deber de respeto y promoción, implica que abarca a los tradicionales poderes del Estado (el Gobierno y la Administración, el Congreso Nacional, los tribunales), y también todos los órganos que la Constitución regula (Ministerio Público, Servicio Electoral, Tribunal Constitucional, Contraloría General de la República, Banco Central, Gobierno Regionales, Municipios).

⁶⁶ Silva Bascuñán, Alejandro, Tratado de Derecho Constitucional, Tomo IV, Ob. Cit., página 107.

⁶⁷ Vivanco, Ángela. Curso de Derecho Constitucional, Tomo II, Ob. Cit., página 93.

⁶⁸ Cea Egaña, José Luis. Derecho Constitucional Chileno, Tomo I, Ob. Cit, página 215.

Esta limitación a la soberanía que implican los tratados compromete también al poder constituyente derivado. Como tal, es un órgano del Estado, sujeto a las obligaciones de respeto y promoción. Asimismo, ningún órgano del Estado puede modificar o derogar disposiciones de un tratado (art. 54). Así, también, lo ha entendido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En la STC Rol N° 740/2007, considerando 47° señaló:

“De allí que el propio ejercicio del Poder Constituyente, en cuanto expresión de la soberanía de la nación, reconoce como límite el “respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, tal y como ordena el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental”.

En la STC sobre el segundo retiro de los fondos de pensiones (Rol N° 9797/2020), tanto el voto que estuvo por declarar inconstitucional el proyecto de reforma, como los que estuvieron por rechazar el requerimiento, coincidieron en un punto: en los límites de las reformas constitucionales. Los que estuvieron por acoger, señalaron:

*“**Noveno:** (...). De consiguiente, mientras no se reformen los capítulos I y III de la Constitución, con el objeto de mejorarlos, todos los proyectos en trámite no pueden sino darles cabal observancia”.*

Mientras que los que estuvieron por rechazar, en el considerando 76° indicaron:

*“**76.-** Sin perjuicio de lo anterior, no puede olvidarse que sólo se puede hablar de democracia -porque constituye un elemento que la identifica- si existe un reconocimiento previo de los derechos fundamentales que posibilitan su ejercicio. Así una Constitución es legítima en la medida que asegura y consagra en su texto tales derechos, porque ello forma parte del ethos democrático, lo cual nos lleva a afirmar la existencia de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Por lo tanto, si esos derechos no estuviesen establecidos como un límite explícito al poder reformador en el artículo 5 inciso 2°, de todas maneras no podrían ser vulnerados por él porque, como dice Habermas, “[e]stos principios del Estado de derecho estarán enraizados, en los motivos y en el ánimo de los ciudadanos, de un*

modo más libre y duradero que a través de la inmunización jurídica formal contra el deseo de modificar la constitución por parte de unas mayorías tiránicas” (Habermas, Jürgen (2004). “El Estado de derecho democrático: ¿una unión paradójica de principios contradictorios” en Tiempos de transiciones, Madrid, Ed. Trotta, p. 148).

Por su parte, la Corte Suprema, en la SCS Rol N° 559/2004, considerando 21º, sostuvo:

“Que la Corte Permanente de Justicia Internacional ha dictaminado que es un principio de Derecho de Gentes generalmente reconocido que, en las relaciones entre potencias contratantes, las disposiciones del derecho interno no pueden prevalecer sobre las de un tratado, y que un Estado no puede invocar su propia Constitución, para sustraerse a las obligaciones que impone el Derecho Internacional a los tratados vigentes”.

En el mismo sentido se expresa la doctrina.

Así, Silva Bascuñán⁶⁹ señala que no pueden *“dictarse normas constitucionales, legales o administrativas que debiliten, perturben, o impidan los efectos o el alcance de los compromisos contraídos”.*

En el mismo sentido se expresa Enrique Evans⁷⁰, para quien *“hay aquí, por primera vez en el derecho chileno, una restricción a las facultades que muchos tratadistas califican de omnímodas del Poder Constituyente. Ninguna reforma constitucional, salvo que se produzca por una revisión completa de la Carta, de facto y bajo inspiraciones totalmente ajenas a las que operan en la preparación del Capítulo III de la Constitución de 1980, ninguna ley interpretativa, ninguna ley complementaria, podrían afectar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza propia del ser humano”.*

⁶⁹ Silva Bascuñán, Alejandro, Tratado de Derecho Constitucional, Tomo IV, Ob. Cit., página 121.

⁷⁰ Evans de la Cuadra, Enrique. Los Derechos Constitucionales, Tomo I, Ob. Cit., página 25.

Para José Luis Cea⁷¹, *“si el tratado internacional versa sobre los derechos esenciales de la persona, la respuesta es, en nuestra opinión, que prima siempre el tratado, porque se encuentra comprendido en el artículo 5º inciso 2º del Código Supremo, el cual resulta ser, como parte del capítulo I, jerárquicamente superior al resto de la Constitución”*⁷²⁻⁷³.

Para Verdugo, Pfeffer y Nogueira, *“en función de la defensa de los derechos fundamentales se le imponen límites objetivos al Poder Constituyente: ninguna reforma constitucional, ley interpretativa, ley complementaria, podrá afectar “los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”; aún más, se les impone un deber a los órganos del Estado de respetar y promover tales derechos, tanto los garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*⁷⁴.

Para Ángela Vivanco, *“la reforma no puede ir en contra del propio contexto sustantivo de la Carta Fundamental a la que pertenece, particularmente en lo que respecta a su parte dogmática, es decir a su contenido valórico y de principios”*⁷⁵.

Para el actual Ministro de la Corte Suprema, Sergio Muñoz, *“los derechos esenciales que emanan de la naturaleza limitan la soberanía interna del Estado de Chile, incluso su Poder Constituyente, por lo que no pueden ser desconocidos, constituyéndose su respeto y promoción en un deber de todos los órganos que lo*

⁷¹ Cea Egaña, José Luis. Derecho Constitucional Chileno, Tomo I, Ob. Cit., página 281.

⁷² Bronfman, Alan; Martínez, José Ignacio, Núñez, Manuel. Constitución Política comentada, Ob. Cit., página 18.

⁷³ Distinta es la discusión sobre el rango de los tratados en materia de derechos humanos esenciales. Para algunos autores, el tratado en esta materia es un procedimiento secundario de reforma constitucional (Verdugo, Mario; Pfeffer, Emilio; Nogueira, Humberto. Derecho Constitucional Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2º edición (2005)., página 126; Cea Egaña, José Luis. Derecho Constitucional Chileno, Tomo I, Ob. Cit., página 218; Nogueira, Humberto. Derecho Constitucional, Ob. Cit., página 612 y siguientes). Para otros autores, en cambio, la Constitución sólo se puede modificar siguiendo las reglas de procedimiento fijadas por ella (Silva Bascuñán, Alejandro, Tratado de Derecho Constitucional, Tomo IV, Ob. Cit., página 148; Vivanco, Ángela. Curso de Derecho Constitucional, Tomo II, Ob. Cit., página 104).

⁷⁴ Verdugo, Mario; Pfeffer, Emilio; Nogueira, Humberto. Derecho Constitucional Tomo I, Ob. Cit., página 194.

⁷⁵ Vivanco, Ángela. Curso de Derecho Constitucional, Tomo I, Ob. Cit. Página 388.

integran”⁷⁶. Más adelante, el Ministro Muñoz afirma: “en principio y como conclusión natural, siendo el Estado chileno parte de la CADH y habiendo reconocido libre y soberanamente, la jurisdicción de la CIDH, tendría la obligación jurídica de cumplir las sentencias de dicho tribunal internacional. Ello, en atención a lo preceptuado en los artículos 67 a 69 de la CIDH, cuyo contenido puede ordenar desde una reparación material o simbólica hasta la reforma misma de la Constitución como ocurrió en el caso de “La última tentación de Cristo”, donde la sentencia de la Corte ordenó que el Estado de Chile debía modificar el artículo 19 N° 12, inciso final de la Constitución Política de la República por ser contrario al artículo 13 de la CADH que asegura el derecho a la libertad de expresión e información sin censura previa, lo que el Estado chileno cumplió”⁷⁷. Por último, el Ministro Muñoz señaló: “esta construcción determinó que esta Corte Suprema haya expresado en innumerables fallo que de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5° de la Carta Fundamental, queda claramente establecidos que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los valores que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos (Revista Fallos del Mes N° 446, enero de 1996, sección criminal, fallo 1, considerando cuarto, página 2066) construcción supraconstitucional que importa incluso reconocer que los derechos humanos están por sobre la Constitución Política de la República, entre ellos los que se encuentran en tratados internacionales, no por estar dichos derechos fundamentales consagrados en instrumentos internacionales, los que siempre tendrán rango legal y deberán ser aprobados por el quórum respectivo sino por referirse a derechos esenciales, en lo cual existe concordancia con lo resuelto por el Tribunal Constitucional”⁷⁸.

⁷⁶ Muñoz Gajardo, Sergio, “El estándar de convencionalidad y el principio pro homine”, Ob. Cit, página 151.

⁷⁷ Muñoz Gajardo, Sergio, “El estándar de convencionalidad y el principio pro homine”, Ob. Cit., página 209.

⁷⁸ Muñoz Gajardo, Sergio, “El estándar de convencionalidad y el principio pro homine”, Ob. Cit. páginas 241 – 242.

El constituyente también tiene un juicio categórico en la materia. Al regular el proceso constituyente estableció que la Nueva Constitución debe respetar, entre otras variables, “*los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*” (art. 135, inciso final). Con ello, respalda que ni siquiera la Nueva Constitución puede pasar a llevar lo que establezcan los tratados. Es importante resaltar lo siguiente respecto de esta limitación. Desde luego, no está limitado a los tratados en materia de derechos humanos. La norma habla de “*los tratados internacionales*”. La obligación en la Nueva Constitución es de “*respetar*” y no de “*respetar y promover*” como señala el art. 5°. Dicho límite implica que el constituyente acepta que la Nueva Constitución es expresión de la soberanía, pero limitada, pues tiene en los tratados un límite infranqueable⁷⁹.

3. El control de convencionalidad

Una vez que el tratado es incorporado al derecho jurídico nacional, este pasa a ser obligatorio. Dicha obligatoriedad se extiende no sólo al Estado en general, sino que a todos y cada uno de sus órganos.

Uno de los mecanismos destinados a garantizar la vigencia en el ordenamiento interno de las normas del derecho internacional, es lo que se denomina el control de convencionalidad.

Se trata de una creación jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este comenzó a aparecer, tímidamente, en las sentencias de dicha Corte en votos concurrentes. Por un lado, del juez Sergio García en el caso “*Myrna Mack Chang vs Guatemala*”. Este sostuvo que “*no es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio (...) y sustraer a otros de este régimen de convencionalidad de responsabilidad, dejando sus*

⁷⁹ El límite para la Convención Constitucional está dado, también, porque no puede “*atribuirse el ejercicio de la soberanía*”. Tampoco puede asumir “*otras atribuciones que las que expresamente le reconoce esta Constitución*”. Asimismo, no puede “*intervenir ni ejercer ninguna otra función o atribución de otros órganos o autoridades establecidas en esta Constitución o en las leyes*”. Además, la Convención no puede negar autoridad o modificar la Constitución vigente (art. 135).

actuaciones fuera del control de convencionalidad que trae posible la jurisdicción de la Corte Internacional"⁸⁰. Por la otra, el mismo juez lo reiteró en *Tibi vs Ecuador*. Ahí sostuvo que la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los Tribunales Constitucionales. Mientras aquellos controlan la constitucionalidad de actos y leyes, esta resuelve acerca de la convencionalidad de estos actos. En el control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática⁸¹. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la Convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptada por los Estados parte en ejercicio de su soberanía⁸²⁻⁸³.

El control de convencionalidad fue adoptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Almonacid Arellano vs Chile*, en donde sostuvo:

“124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus

⁸⁰ Considerando 27°.

⁸¹ Considerando 3°.

⁸² García, Gonzalo; Contreras, Pablo. Estudios sobre control de convencionalidad, Ob. Cit. página 173 y 174.

⁸³ El estudio del control de convencionalidad es intenso en todos los países latinoamericanos. En México: Castilla, Karlos. Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional, en: *Revista de Derecho del Estado* N° 33, julio – diciembre (2014), página 149 a 172; En Perú: Landa, Cesar. La aplicación de los tratados internacionales en el derecho interno y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en: *Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México*, página 319 a 347; Ibáñez Rivas, Juana María. Control de convencionalidad: previsiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en: *Anuario de Derechos Humanos* N° 8 (2012), Universidad de Chile, página 103 a 113. En Colombia: Quinche, Manuel. El control de convencionalidad y el sistema colombiano, en: *Revista Interamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 12, julio – diciembre (2009), página 163 a 189; Olano, Hernán. Teoría del control de convencionalidad, en: *Estudios Constitucionales*, Año 14°, N° 1 (2016), páginas 61 a 94; Acosta, Paola, *Zombis vs. Frankenstein: Sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno*. Estudios Constitucionales, Año 14, N° 1, 2016, pp. 15-60. En Venezuela: Brewer Carías, Allan. El control de convencionalidad, con particular referencia a la garantía del derecho a la protección judicial mediante un recurso sencillo, rápido y efectivo de amparo de los derechos humanos, en: Allan R. Brewer-Carías y Jaime Orlando Santofimio, *El control de convencionalidad y la responsabilidad del Estado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013. pp. 43-130.

jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

Para Víctor Bazán⁸⁴ en sede nacional, este control está a cargo de los magistrados locales y consiste en la obligación de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos a la Convención Americana de Derechos Humanos y a otros instrumentos humanos esenciales en el área de Derechos Humanos y a los patrones interpretativos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha acuñado a su respecto, en áreas de la cabal tutela de los derechos básicos.

Para Ferrer Mac-Gregor⁸⁵ constituye un nuevo paradigma que deben ejercer todos los jueces. Por una parte, no sólo deben ser simples aplicadores de la ley nacional sino que tienen, además, una obligación de realizar una interpretación convencional, verificando si dichas leyes que aplicarán a un caso particular resultan compatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos. Por la otra, los jueces nacionales se convierten en guardianes de la convencionalidad, para verificar que los actos y normas nacionales se adecúen a la Convención Americana

⁸⁴ Bazán, Víctor. El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas, página 24. En Bazán, Víctor; Nash, Claudio. Justicia constitucional y derechos fundamentales: el control de convencionalidad, Colombia (2012) (página 17 a 55).

⁸⁵ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano, en: Estudios Constitucionales, Año IX, N° 2, página 531 a 622.

de Derechos Humanos, sus protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la misma Corte.

Para Hitters⁸⁶ el control de convencionalidad es un control primario, pues es llevado a cabo en el campo doméstico por los jueces, quienes deben comparar las normas internacionales con las domésticas. El control secundario es ejercido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Para Contreras y García⁸⁷, mediante este mecanismo, los jueces nacionales deben prescindir de la aplicación de una norma interna si esta contraviene los preceptos de la Convención y de su jurisprudencia. La validez de la norma interna se contrasta con el parámetro internacional para determinar su aplicabilidad.

Para Miriam Henríquez⁸⁸ existen dos controles de convencionalidad. Uno que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos directamente. Y otro que realizan los tribunales internos de cada país. En este sentido, el control de convencionalidad es difuso, concreto, su parámetro de control son ciertos tratados de derechos humanos y la jurisprudencia interamericana, y sus efectos son la anticonvencionalidad o inconvencionalidad de la norma interna que contradice el plexo convencional internacional.

Para Nash⁸⁹, el control de Convencionalidad tiene un doble sentido. De un lado, ya no basta con la mera incorporación formal de los tratados internacionales de los derechos humanos al derecho interno, sino que para dar cumplimiento se requiere un esfuerzo interpretativo mayor de las jurisdicciones nacionales que incorpore el desarrollo de estándares a nivel internacional. Por la otra, es la concreción jurisdiccional de la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito

⁸⁶ Hitters, Juan Carlos. Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos), Estudios Constitucionales, Año 13, N° 1 (2015), pp. 123-162.

⁸⁷ García Pino, Gonzalo; Contreras, Pablo. Estudios sobre control de convencionalidad, Ob. Cit., página 171.

⁸⁸ Henríquez, Miriam. La polisemia del control de convencionalidad interno, en: International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional, N° 24 (2014), página 113 a 141.

⁸⁹ Nash, Claudio. Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año XIX, Bogotá (2013), pp. 489 a 509.

interno. Los jueces tienen la obligación de no sólo hacer un control de legalidad y constitucionalidad, sino de integrar en el sistema de sus decisiones las normas contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos y los estándares desarrollados por la jurisprudencia.

Para María Angélica Benavides⁹⁰ el control de convencionalidad implica asumir a priori una posición jerárquica del Derecho Internacional Público, que obliga al cumplimiento vía adecuación mediante la supremacía de los instrumentos internacionales. Sin embargo, nuestro sistema no contiene sanción de invalidez para normas contrarias al Derecho Internacional Público. Por lo mismo, el operador nacional debe hacer convivir ambas normas, haciéndolas compatibles mediante una interpretación armónica. Si esto no fuera posible, debe declarar la incompatibilidad, inaplicando una de las normas.

Para Fuentes y Pérez⁹¹ el control de convencionalidad se basa en la autoejecutabilidad de la Convención, pues exige que ella sea aplicada por los tribunales nacionales sin necesidad de medidas administrativas o legislativas que la implementen de alguna forma.

Según Sagües⁹², la relevancia de este control es doble. De un lado, se perfila como una herramienta sumamente eficaz para el respeto, la garantía y la efectivización de los derechos descritos en la Convención Americana de Derechos Humanos. Del otro, es un instrumento de sumo interés para construir un *ius commune* interamericano en materia de derechos personales y constitucionales⁹³.

⁹⁰ Benavides, María Angélica. El control de compatibilidad y el control de convencionalidad. Estudios Constitucionales, Año 15, N° 2 (2017), pp. 365-388.

⁹¹ Fuentes, Ximena; Pérez, Diego. El efecto directo del derecho internacional en el derecho chileno Ob. Cit., página 119 a 156.

⁹² Sagües, Néstor. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad, en: Revista de Estudios Constitucionales, Año 8° N° 1 (2010), página 118.

⁹³ Los autores hablan del *Corpus Iuris Americano*. La expresión se origina en un voto del ministro Antonio Augusto Cançado Trindade en el año 1988. Luego, en una opinión consultiva del año 1999, la Corte sostuvo que dicho *Corpus Iuris* está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efecto jurídico variado. Dicho *Corpus* es una categoría en expansión, pues se siguen incorporando elementos que lo componen. Su función es interpretativa; de ampliación de todas las obligaciones internacionales. Es el parámetro que utiliza la Corte para ejercer el control

La Corte Suprema, en la SCS Rol N° 9081/2013, considerando 12º, lo definió de la siguiente forma:

“DECIMO SEGUNDO: Control de respeto y vigencia efectiva de las garantías fundamentales. Que efectivamente todo juez está llamado a efectuar un control de respeto y efectiva vigencia de las garantías fundamentales de los imputados que comparecen ante él, en todos los trámites previos de la actuación policial, como de investigación, instrucción y juicio, además de prestarles reconocimiento y eficacia en sus determinaciones. Es el control de constitucionalidad y convencionalidad.

La función que le corresponde a los jueces nacionales en este control, en el ámbito interno de los países y en el juzgamiento de los conflictos particulares que conocen, deben velar por el respeto y efectiva vigencia de la garantía que importa el reconocimiento de los derechos humanos como estándar mínimo que deben concretar los Estados por el hecho de ser partes del sistema internacional. Lo anterior constituye una obligación consustancial al ejercicio de la jurisdicción y en nuestro país es parte de la función conservadora de que están investidos todos los tribunales, especialmente sus instancias superiores. La consecuencia inmediata es la obligación de observar los derechos previstos en la Carta Política, en los tratados internacionales, en el derecho internacional consuetudinario y ius cogens, dándole aplicación directa a sus disposiciones, como profundizar su contenido mediante una interpretación que atienda a los motivos, objeto y fin de las disposiciones y principios que las inspiran, de manera sistemática conforme a las circunstancias de contexto y específicas del caso. Se desarrollará así un dialogo con las instancias internacionales que permita brindar un adecuado sentido y alcance a todas las fuentes del derecho nacional e internacional de los derechos humanos, sobre la base de los principios de máxima consideración, progresividad, no regresión y favor

de convencionalidad. Algunos prefieren hablar de bloque de convencionalidad. Sobre el punto: García Pino, Gonzalo; Contreras, Pablo. Estudios sobre control de convencionalidad, Ob. Cit., página 34 y siguientes; 115 y siguientes.

persona, única forma de evitar la responsabilidad internacional por violación de los derechos humanos”.

Para el Ministro Sergio Muñoz, *“el juez nacional a través de sus resoluciones, y las autoridades públicas de un Estado Parte, deben respetar y garantizar los derechos y libertades reconocidos en la CADH y demás instrumentos internacionales sobre derechos humanos impidiendo, de esta forma, que el Estado incurra en responsabilidad internacional por violación de los derechos humanos”*⁹⁴. Más adelante, señala: *“el Estado chileno, debe respetar los derechos y libertades que se encuentran reconocidos en la CADH y en el denominado corpus iuris interamericano de derechos humanos y la interpretación que del mismo ha realizado la CIDH, circunstancia que impondría a los tribunales de justicia, al conocer de un caso particular, que deben ejercer un control de convencionalidad con el propósito de aplicar la norma más favorable ya sea que ésta se encuentre contenida en una norma de derecho interno, en la CADH, en los tratados internacionales sobre derechos ratificados por Chile y que se encuentren vigente y, sobre todo, teniendo presente el criterio jurisprudencial de la CIDH que, como se ha señalado anteriormente, constituye el intérprete final en materia de derechos humanos tanto en la CADH como del corpus iuris interamericano. De lo contrario, el Estado incurriría en responsabilidad internacional por violación de derechos humanos. Todo lo anterior sobre la base de un análisis sustancial y considerando en un primer acercamiento al tema desde el ordenamiento internacional”*⁹⁵. Por último, señala: *“todos los tribunales internos son los primeros llamados a reconocer, interpretar y aplicar los derechos y garantías constitucionales -insisto, todos ellos, por la sencilla razón que el agotamiento de la vía interna que puede serlo ante el tribunal competente, sin que sea necesario recurrir obligatoriamente a las instancias superiores, es más se ha dicho que incluso las acciones cautelares pueden importar dicho agotamiento por lo que no se puede determinar cuál será ex ante el intérprete final, pero sí el intérprete inicial. Se ha expresado que los tribunales nacionales tienen*

⁹⁴ Muñoz Gajardo, Sergio, “El estándar de convencionalidad y el principio pro homine”, Ob. Cit., página 204.

⁹⁵ Muñoz Gajardo, Sergio, “El estándar de convencionalidad y el principio pro homine”, Ob. Cit., página 210.

*en su competencia un margen de apreciación tanto al establecer los hechos como el derecho, sin que pueda considerarse a los tribunales internacionales como una cuarta instancia que revise la sentencia, el procedimiento y todo el conflicto, fijando incluso nuevamente los hechos para decidir sobre la naturaleza y extensión de las garantías*⁹⁶.

Los autores sostienen que el control de convencionalidad pasó por distintas etapas⁹⁷. La primera etapa está dada por el caso *Almonacid Arellano vs Chile*. Aquí la Corte Interamericana de Derechos Humanos habla de una “*especie*” de control de convencionalidad. Se sostiene que la incompatibilidad de la norma interna y la norma internacional, obliga al juez a preterir la aplicación de la primera a favor de la segunda.

En la segunda etapa, se dicta la sentencia *Gabriela García vs México*, en que el control debe ejercerse no sólo por el juez, sino que por cualquier órgano que realice funciones jurisdiccionales.

En la tercera etapa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dicta sentencia en el caso *Trabajadores cesados del Congreso vs Perú*. Aquí establece que el control de convencionalidad debe ejercerse de oficio por parte de los jueces, pero en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

En la cuarta etapa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dicta sentencia en el caso *Gelman vs. Uruguay*. En esta sentencia obliga a ejercer este control no sólo a los jueces, sino que a cualquier órgano interno del Estado. También se dicta *Atala Riffo e hijas vs Chile*, en que se obliga al Estado a que las interpretaciones judiciales y administrativas se adecúen a los principios establecidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁹⁶ Muñoz Gajardo, Sergio, “El estándar de convencionalidad y el principio pro homine”, Ob. Cit. página. 237.

⁹⁷ Nash, Claudio. Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ob. Cit., página 496 y siguientes habla de cuatro etapas.

Este control de convencionalidad se caracteriza por ser difuso, en el sentido que todos los jueces nacionales tienen este poder. Como dice Ferrer Mac-Gregor⁹⁸ convierte al juez nacional en un juez interamericano; en un primer y auténtico guardián de la Convención, de sus protocolos adicionales y de su jurisprudencia. Sin embargo, esta característica plantea un desafío, pues no ofrece dificultad en los ordenamientos que poseen un sistema de control difuso o mixto de constitucionalidad. Pero se complejiza en aquellos sistemas de control concentrado de constitucionalidad⁹⁹. Lo anterior implica una desformalización del derecho constitucional, pues genera cuestionamientos sobre quien aplica el control; que parámetros usa; bajo que procedimiento; y con que efectos¹⁰⁰⁻¹⁰¹.

Enseguida, este control se caracteriza por ser complementario o subsidiario. La protección internacional opera en defecto o subsidio de los déficits de la protección

⁹⁸ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad, Ob. Cit., Página 570.

⁹⁹ Sagües, Néstor. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad, Ob. Cit., página 117 a 136.

¹⁰⁰ García Pino, Gonzalo; Contreras, Pablo. Estudios sobre control de convencionalidad, Ob. Cit., página 49.

¹⁰¹ García Pino, Gonzalo; Contreras, Pablo. (Estudios sobre control de convencionalidad, Ob. Cit., página 50) reconocen que no hay atribución expresa en nuestro ordenamiento a un tribunal para ejercer este control. Sin embargo, configuran esta potestad en base a lo siguiente: la infieren de la inexcusabilidad; del artículo 2° de la Convención Interamericana de Derechos Humanos; de los procedimientos reglados de cuestionamiento constitucional de actos o disposiciones; y del artículo 5° de la Constitución (página 51, 52 y 55). No obstante, estos autores señalan que el art. 5° exige que no basta con referir, sino que hay que integrar el tratado en el orden sustancial de orden interno que permite entender el modo en que se produciría una infracción constitucional (página 58). Es lo que los autores llaman doble identificación. Se deben enmarcar en el art. 5, para construir la inconstitucionalidad (página 61 y 163). Afirman que el Tribunal Constitucional (STC Roles N° 2265; 2266; 2492) no admite la violación directa y única de los tratados, sin referirlo al art. 5° (*“Que, como lo ha sustentado uniformemente esta judicatura constitucional, los tratados internacionales no constituyen, per se, parámetros autónomos de control de constitucionalidad, en el sentido de habilitar directamente a esta jurisdicción para contrastar su sentido y alcance con los preceptos legales que presuntamente los contrarían. Para que esta operación fuera jurídicamente válida, sería necesario que aquellos instrumentos estuvieran dotados de rango constitucional en cuanto fuentes formales de Derecho Constitucional, y no adquirirla por vía simplemente indirecta, a través de la remisión que a ellos formula el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental”*, STC Rol N° 2265, considerando 8°). A ello cabe agregar que para un control de convencionalidad débil de interpretación adecuada o correcta, los jueces siempre tienen competencia en el marco del ejercicio de sus atribuciones ordinarias o comunes. Distinto es la expulsión de una norma. En este caso, habrá que analizar el recurso o la acción empleada. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional puede inaplicar una norma legal; la Corte Suprema, en un recurso de protección, en virtud de la potestad cautelar que le entrega la Constitución, también puede restablecer el imperio del derecho y dejar de aplicar el acto recurrido. Sobre el punto: Nash, Claudio. Control de convencionalidad. Ob. Cit. página 505.

nacional de derechos. Lo anterior se traduce en la obligación de agotar los recursos internos, antes de acudir al dispositivo internacional¹⁰².

Una tercera característica es que se trata de un control dinámico. Ello se expresa de distinta manera. Por una parte, sobre quienes son los llamados a ejercer el control. Ya vimos recién como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos partió por exigir este control sólo a los jueces, luego la extendió a la Administración de Justicia, y pasó, a continuación, a cualquier autoridad pública. Por la otra, esto se observa en el parámetro para ejercer el control de convencionalidad. Es decir, contra que debe contrastar el juez la norma interna. Esta partió con la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁰³. Eso es lo que se sostuvo en el caso *Almonacid Arellano y otros vs Chile*. Después la Corte, en el caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs Bolivia*, incorpora a otros tratados que le otorgan competencia. Por ejemplo, la Convención de Belem Do Pará para la erradicación de la violencia contra la mujer, la Convención contra la desaparición forzada de personas, el Protocolo de San Salvador, la Convención para prevenir y sancionar la tortura, el Protocolo relativo a la abolición de la pena de muerte¹⁰⁴.

Una cuarta característica, es que este control puede ser explícito o implícito¹⁰⁵. El explícito es aquel en que el juez nacional se refiere expresamente a la norma de derecho internacional y a su interpretación. El implícito es aquel en que el juez no

¹⁰² *Ibíd.*, página 213. En el mismo sentido: Bazán, Víctor. El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas, Ob. Cit. página 19 – 20. Para este autor “*la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, no sustituto el internacional*” (página 19).

¹⁰³ En cuanto a la jurisprudencia (García Pino, Gonzalo; Contreras, Pablo. Estudios sobre control de convencionalidad, Ob. Cit., página 234 y siguientes) sostienen que los Estados tienen que partir por determinar si existe una decisión previa en contra de ellos mismos. Luego, deben verificar si hay una condena que afectó a otro Estado, pero que tiene una regla similar.

¹⁰⁴ Henríquez, Miriam. La polisemia del control de convencionalidad interno, Ob. Cit. página 126 y siguientes; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad, Ob. Cit., Página 582 y siguientes; García, Gonzalo; Contreras, Pablo. Estudios sobre control de convencionalidad, Ob. Cit., página 115 y siguientes.

¹⁰⁵ Aguilar, Gonzalo. El control de convencionalidad en la era del constitucionalismo de los derechos. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Chile en el caso denominado Episodio Rudy Cárcamo Ruiz de fecha 24 mayo de 2012, en: Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Año 10, N° 2, 2012, página 717 – 750.

alude a la norma convencional o a la jurisprudencia que utiliza, pero de facto la emplea¹⁰⁶.

En cuanto a sus fundamentos, para algunos autores no existe ninguna norma expresa que obligue a los jueces nacionales a realizar este tipo de control¹⁰⁷. Para otros, en cambio, hay fundamentos en la propia Convención Interamericana de Derechos Humanos, en sus artículos 1º y 2º¹⁰⁸. Conforme a estos artículos hay un deber de garantía de los Estados de respetar el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en ella. Enseguida, se funda en el art. 29 de la Convención¹⁰⁹ que impide suprimir el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención o limitarlos más allá de lo permitido. En el fondo, se trata del efecto útil de la Convención.

¹⁰⁶ Para el Ministro Sergio Muñoz, hay dos temas en que la invocación de los tratados no genera ninguna dificultad. Por una parte, en materias distintas a las de derechos humanos. Por la otra, cuando el juez la utiliza para fundar sus argumentos (Muñoz Gajardo, Sergio, “El estándar de convencionalidad y el principio pro homine”, Ob. Cit., página 224 y siguientes).

¹⁰⁷ Fuentes, Ximena; Pérez, Diego. El efecto directo del derecho internacional en el derecho chileno. Ob. Cit. página 130.

¹⁰⁸ Estas disposiciones señalan:

“Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos.

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

¹⁰⁹ Esta disposición indica:

“Artículo 29. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

Otros autores fundan el control de convencionalidad en normas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Específicamente, en que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe (art. 26)¹¹⁰ y que no se puede invocar las disposiciones del derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado (art. 27)¹¹¹.

En cuanto a los elementos que hacen posible este control, hay que distinguir cuatro variables.

En primer lugar, los sujetos que están llamados a ejercer el control. Estos son todos los jueces no importando su ubicación en la estructura jerárquica de la Administración de Justicia. Sin perjuicio de ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha extendido la facultad a cualquier autoridad pública.

En segundo lugar, el parámetro. Este es el conjunto de normas de derecho internacional que el juez debe tener como referencia para contrastar la norma de derecho interno. Como ya vimos, esta no se reduce a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, sino que también abarca otros tratados y la jurisprudencia de la propia Corte.

En tercer lugar, hay que distinguir el objeto del control, es decir, las normas jurídicas internas que son objeto de examen a través del control de convencionalidad. Este abarca leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas, resoluciones, prácticas internas,

¹¹⁰ Algunos autores partidarios del control de convencionalidad no están de acuerdo en invocar este principio de buena fe, porque no puede fundar, autónomamente una nueva obligación internacional (García Pino, Gonzalo; Contreras, Pablo. Estudios sobre control de convencionalidad, Ob. Cit., página 194).

¹¹¹ Para Ximena Fuentes (Los peligros de la globalización: nuevos desafíos para el concepto de soberanía, en: Ramírez, Mario y otros. La soberanía en el mundo actual. Ediciones LOM, Santiago (2000), página 78 a 97), sostiene que el art. 27 de la Convención de Viena, en ningún caso se puede entender que obliga a los Estados a otorgar a los tratados internacionales primacía sobre el derecho interno en los sistemas jurídicos nacionales de los Estados. En la norma sólo se refiere a la jerarquía del derecho internacional sobre el derecho nacional, en el ámbito internacional. En el ámbito internacional, ciertamente que tiene supremacía el derecho internacional sobre el derecho interno. No es esta, en cambio, la opinión que tienen otros autores sobre la materia. En este sentido: Nash. Claudio. Control de convencionalidad. Ob. Cit. página 495; Nogueira, Humberto. El control de convencionalidad por los Estados parte de la Convención. Ob. Cit. página 148; Bazán, Víctor. El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas. Ob. Cit. página 23; Ferrer MacGregor, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. Ob. Cit. página 589.

incluso normas constitucionales, como veremos más adelante¹¹². Para Sagües¹¹³, cualquier regla jurídica doméstica está sometida al control de convencionalidad, incluida la Constitución. Bazán precisa que la expresión correcta para englobar las normas objeto de control es la expresión que utiliza el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es decir, “*el derecho interno*”¹¹⁴.

En cuarto lugar, se encuentran los efectos del control de convencionalidad. Algunos autores le denominan inconventionalidad o anticonventionalidad¹¹⁵. La doctrina distingue entre los efectos interpretativos, correctivos o preventivos¹¹⁶. Otros prefieren hablar de control normativo o de un ejercicio interpretativo de control de compatibilidad¹¹⁷. Contreras y García¹¹⁸ hablan de control fuerte, débil y de directriz. El control fuerte es la obligación del juez nacional de desplazar la aplicación de la norma interna por contraponerse a la Convención o a las sentencias de la Corte. Ello puede traducirse en una inaplicabilidad, en una nulidad o en la invalidación de la norma. *Almonacid Arellano vs Chile* es el ejemplo clásico de control fuerte, pues la Corte obligó a los tribunales a prescindir del Decreto Ley N° 2191, de modo que no sea un obstáculo para el control y sanción de los delitos cometidos. El control débil, por su parte, es un mandato de interpretación de las normas internas conforme a lo establecido por la Corte Interamericana. Este control establece un mandato al juez para buscar la armonización hasta donde sea posible, buscando una interpretación conforme. En la medida que la incompatibilidad sea completa y total, avanza hacia un control más fuerte. Finalmente, el control de directriz es un mandato dirigido a las instancias de elaboración de normas internas de un Estado para elaborarlas en base a los estándares establecidos por dicha Corte. La

¹¹² Henríquez, Miriam. La polisemia del control de convencionalidad interno, Ob. Cit. página 131.

¹¹³ Este abarca leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas, resoluciones, la Constitución (Sagües, Néstor. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad, Ob. Cit., Página 124).

¹¹⁴ Bazán, Víctor. El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas, Ob. Cit. página 33.

¹¹⁵ Sagües, Néstor. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad, Ob. Cit. página 127.

¹¹⁶ Núñez, Constanza. Control de convencionalidad: teoría y aplicación en Chile, Memoria, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago (2014), página 129 y siguientes.

¹¹⁷ Henríquez, Miriam. La polisemia del control de convencionalidad interno, Ob. Cit. página 132 y siguientes.

¹¹⁸ García Pino, Gonzalo; Contreras, Pablo. Estudios sobre control de convencionalidad, Ob. Cit., página 179 y siguientes.

discrecionalidad o el margen de apreciación es mínima en el control fuerte; más amplia en el control débil; y tiene un margen mayor en los mandatos de directriz¹¹⁹.

De este modo, el control de convencionalidad no descarta la interpretación conforme y se apoya en el margen de apreciación nacional. Este es una suerte de deferencia hacia el ordenamiento jurídico nacional. Ello tiene sustento en lo establecido en el art. 2º de la Convención Americana, en que los países se comprometen a adoptar *“las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias”* para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención. Ello es consistente, también, con el carácter subsidiario del control de convencionalidad. Este opera en defecto y subsidio de los déficits de protección de cada país¹²⁰.

El margen de apreciación es un espacio de valoración o un espacio de libertad de decisión de los órganos internos de los Estados, al momento de elaborar una regulación o de reprimir las contradicciones entre la normativa interna y la internacional¹²¹.

La relevancia del margen de apreciación es que el tribunal que realiza el control de convencionalidad no puede sustituir la opinión de los legisladores y que la adecuada protección de los derechos admite distintas opciones. El origen de lo que se denomina margen de apreciación está en el marco del Convenio Europeo de

¹¹⁹ Sagües, Néstor. (Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. Ob. Cit. página 130) habla de un efecto destructor y un efecto constructivo o positivo.

¹²⁰ García Pino, Gonzalo; Contreras, Pablo. Estudios sobre control de convencionalidad, Ob. Cit., página 203 y siguientes.

¹²¹ Vassel, Johann. El margen de apreciación como elemento clave en el Derecho Constitucional Europeo, en: ReDCE, Año VI, Nº 11, enero – junio (2009), página 189 a 208; Barbosa, Francisco. Los límites de la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales, en: Revista de Derecho del Estado, Nº 26, enero – junio (2011), página 107 a 135; Martínez, José Ignacio. Auto-restricción, deferencia y margen de apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo, en: Estudios Constitucionales, Año 12º, Nº 1, 2014, página 365 a 396; Benavides, María Angélica. El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos, en: Revista Ius Et Praxis, Año 15, Nº 1, página 295 a 310; Iñiguez, Andrea. Los tratados internacionales sobre derechos fundamentales y el margen de apreciación. Revista de Derecho Público Iberoamericano, Nº 3 (2013), páginas 75-105.

Derechos Humanos¹²². Entre los fundamentos que se han entregado para esta doctrina, está la existencia de conceptos jurídicos indeterminados; el principio de subsidiariedad; el respeto al principio democrático y al espacio de libre decisión. Su aceptación implica un reconocimiento a la diferenciación cultural, al pluralismo, a la relatividad en la protección grupal de derechos fundamentales. Para fortalecer el margen de apreciación, existen diversos criterios: los altos consensos respecto de la medida objeto de control; la identidad cultural; la mejor posición para evaluar la razonabilidad o conveniencia de la limitación de los derechos, y la importancia del derecho afectado. No obstante, el margen de apreciación es muy poco utilizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien prefiere emplear el examen de proporcionalidad para revisar la licitud de la conducta de los Estados al realizar el control de convencionalidad. Con ello, se busca armonizar la tensión entre el poder soberano de los Estados y el control que se ejerce respecto de su sujeción a las normas internacionales¹²³.

Un punto particularmente sensible del control de convencionalidad es si puede ser objeto de control una norma constitucional¹²⁴⁻¹²⁵.

Al respecto, por de pronto, hay que centrarse en lo que dicen los autores.

¹²² El Tribunal Europeo de Derechos Humanos adoptó la doctrina en el año 1971 en la sentencia "*De Wilde, Ooms and Versyp v Belgium*". Se utilizó con posterioridad para aumentar, de forma gradual, la protección de los derechos humanos en los Estados post-comunista de la Europa central y del este, posibilitando respetar la peculiaridades jurídicas y sociales de esos Estados.

¹²³ García Pino, Gonzalo; Contreras, Pablo. Estudios sobre control de convencionalidad, Ob. Cit., detectan sólo dos casos en que la Corte ha utilizado el margen de apreciación (página 213). En cambio, la Corte ha utilizado la proporcionalidad para examinar la validez de medidas que interfiere con la libertad de expresión, con el uso de la fuerza pública y la protección de la vida y la integridad personal, en la afectación a la propiedad privada, en restricciones a derechos políticos, en interceptaciones a comunicaciones privadas, en regulaciones a la protección y las garantías judiciales (página 223)

¹²⁴ Esto no tiene nada que ver con el rango o jerarquía que tienen los tratados dentro de la jerarquía del ordenamiento jurídico interno.

¹²⁵ García Pino, Gonzalo; Contreras, Pablo. Estudios sobre control de convencionalidad, Ob. Cit., sostienen que el tratado puede ser coincidente con la Constitución (página 150), puede llenar un silencio de esta (página 156) o puede ir contra la Constitución (página 157).

Para Néstor Sagües¹²⁶, dentro de las normas jurídicas internas sobre las cuales se puede ejercer el control de convencionalidad, se encuentra la Constitución. Para ello, cita el caso de La Última Tentación de Cristo, en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos reclamó a Chile modificar la Constitución, por infringir reglas de la libertad de expresión, con la censura que el antiguo artículo 19 N° 12 establecía respecto de la producción cinematográfica¹²⁷.

Para Víctor Bazán, en la expresión “*derecho interno*” que utiliza el art. 27 de la Convención de Viena, naturalmente queda comprendida la Constitución. El Estado no puede invocar su Constitución para justificar el incumplimiento de un tratado¹²⁸.

Enseguida, es importante consignar la intervención del delegado Barros en la Conferencia que dio origen a la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados. El delegado nacional sostuvo lo siguiente en relación al art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados:

“La delegación de Chile cree muy conveniente la idea que inspira la enmienda de Pakistán y estima que sería aconsejable incorporar al proyecto una cláusula que establezca expresamente la prohibición de invocar las propias leyes constitucionales para eludir el cumplimiento de los tratados. Nada hay que oponer a que un Estado pueda invocar la Constitución para negarse a suscribir un tratado, pero cuando un Estado se obliga mediante un tratado,

¹²⁶ Sagües, Néstor. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad, Ob. Cit., página 124 y 128. Para este autor, esa es la única manera de garantizar que el Estado cumpla con la Convención a todo costo y que la Convención esté por sobre todas las normas de derecho interno.

¹²⁷ En el N° 4 de la parte resolutive de este caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó lo siguiente:

“4. decide que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto”.

¹²⁸ Bazán, Víctor. El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas, Ob. Cit. página 33. Agrega dos argumentos adicionales. Por una parte, el fallo pronunciado en el caso La Última Tentación de Cristo con Chile, en que quedó demostrado que la Constitución podía demostrar la garantía de libertad de pensamiento y expresión consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 13). Por la otra, en la Opinión Consultiva OC4/84, de 11.01.1984, solicitada por Costa Rica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que el término “*leyes internas*”, incluía todas las normas jurídicas de cualquier naturaleza, incluyendo las disposiciones constitucionales.

*no es justificable que se trate después de eludir su cumplimiento invocando su Constitución, y aún menos, su legislación nacional ordinaria*¹²⁹.

A lo anterior, hay que agregar fallos de la Corte Suprema. Por ejemplo, esta ha señalado que un Estado no puede invocar su propia Constitución para sustraerse de las obligaciones que impone el derecho internacional a los tratados vigentes¹³⁰.

Además, es necesario agregar todos los autores nacionales, que ya citamos, sostienen que los límites que impone al poder constituyente el art. 5 cuando restringe la soberanía respecto de derechos consagrados en tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes¹³¹.

4. Jurisprudencia de nuestros tribunales

El Tribunal Constitucional ha utilizado los tratados ejerciendo un control de convencionalidad¹³². Así, por una parte, ha ampliado el catálogo de derechos establecidos en el art. 19 de la Constitución¹³³. También, ha empleado ciertos

¹²⁹ Fuentes, Ximena. Los peligros de la globalización: nuevos desafíos para el concepto de soberanía. Ob. Cit. página 90.

¹³⁰ SCS Rol N° 559/2004.

¹³¹ Ver página 34 y siguientes de este informe.

¹³² Así, en la STC 804/2007, el Tribunal sostuvo:

“Quinto: Que, indudablemente, el intérprete en general y el juez en particular debe realizar los mayores esfuerzos, dentro del ámbito constitucional, para procurar cumplir de buena fe las disposiciones y los fines del tratado, conciliando sus disposiciones con otras normas del Derecho Interno, prefiriendo aquellas interpretaciones que armonicen los derechos y obligaciones que del tratado internacional se derivan con el orden jurídico chileno.

Décimo Quinto: Que el conflicto normativo que se discute ante este Tribunal no implica necesariamente una derogación, modificación o suspensión de las disposiciones de un tratado o una contravención per se de normas constitucionales, pues mediante un uso adecuado de los principios de hermenéutica constitucional y legal es posible llegar a conclusiones que, respetando el real sentido y alcance de los preceptos de la convención bilateral, que se invoca, sean armónicas con otras normas legales del Derecho Chileno y con la Constitución en su conjunto.

No existe, de esta manera, un problema de constitucionalidad –oposición sustantiva de la ley a la Constitución–, sino de contraste entre un tratado internacional vigente y una ley nacional, que corresponde calificar y decidir al juez de la instancia”.

¹³³ En la STC Rol N° 1340/2009, reconoció el derecho a la identidad. En el mismo sentido Roles N° 2035/2009 y 2015/2011.

estándares establecidos en tratados¹³⁴. Asimismo, ha interpretado en favor de la persona los derechos garantizados en el artículo 19¹³⁵.

Por su parte, la Corte Suprema ha realizado un control fuerte de convencionalidad. Así, en 1985, utilizó la Convención de Washington (Convención para la protección de la flora, la fauna y las bellezas escénicas naturales de América) para oponerse a la explotación económica de parques nacionales; específicamente sobre la restricción de agua del lago Chungará¹³⁶. También, ha objetado la prescripción de la acción penal por ser contraria a los Convenios de Ginebra (Rol N° 288/2002) o por ser contraria a los tratados internacionales o a las normas de *ius cogens* y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Rol N° 559/2004)¹³⁷. Asimismo, la Corte Suprema ha prescindido de la Ley de Amnistía, por ser contraria a dichos Convenios de Ginebra (Roles N° 3125/2005; 813/2008; 921/2009; 1369/2009; 3378/2009; 5279/2009; 2576/2009). Del mismo modo, lo ha aplicado respecto del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas, en relación a la obligación de consulta¹³⁸. Enseguida, la Corte Suprema ha velado por la supremacía de los tratados en otras materias, como la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente (Roles N° 5339/2009; 4760/2012; 5428/2012). Asimismo, la Corte acogió un recurso de casación respecto de un plazo de prescripción que consideró irrazonable¹³⁹.

¹³⁴ STC Roles N° 2273/2012; 2492/2013; 2493/2013; 2690/2014.

¹³⁵ STC Roles N° 1391/2009 1484/2009; 1804/2010; 1888/2010.

¹³⁶ Palza con Dirección de Riego de la Primera Región y otros. SCS Rol N° 19824, 19.12.85, RDJ, Tomo XXXII (1985), N° 3, sección 5° página 264.

¹³⁷ Künsemüller, Carlos. La aplicación del control de convencionalidad de la Convención Americana de Derechos Humanos en la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema, en: Nogueira, Humberto (Coord). La protección de los (página 347 y siguientes); Fernández, K. 2010. Breve análisis de la jurisprudencia chilena, en relación a las graves violaciones a los derechos humanos, cometidos durante la dictadura militar. Revista de Estudios Constitucionales, Año 8, N° 1, páginas 467-488. Matus, Jean Pierre. Informe pericial ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre aplicación jurisprudencial del DL 2191 de Amnistía de 19.04.1978, en: Revista Ius Et Praxis, N° 12, página 265 a 296.

¹³⁸ La Corte ha aplicado el Convenio 169 de la OIT, tanto respecto de recursos de protección, en algunos casos acogiendo y en otros rechazando (Roles N° 65349/2016; 8508/2017; 19058/2018; 9954/2019; 20389/2019; 22189/2019; 153/2020; 76384/2020); como en recursos de casación contra sentencias de los tribunales ambientales (Roles N° 817/2016; 47629/2016; 10085/2016; 28195/2018; 18676/2019).

¹³⁹ SCS Rol N° 15.929-2016, sostiene:

La Corte Suprema ha utilizado el mandato débil en casos conocidos. Por una parte, lo ha hecho cuando ha ordenado a la Administración la compra de medicamentos escasos y caros cuando la vida del paciente está en peligro¹⁴⁰. Por la otra, lo ha

“Noveno: Que, en estas circunstancias, el mérito del proceso arroja luces suficientes respecto de la irrazonabilidad del plazo en que se ha resuelto este asunto y, por lo mismo, no aplicar preferentemente las disposiciones de los artículos 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 5 inciso 2° y 19 N°3 inciso 6° de la Constitución Política de la República, constituye un error de derecho en que incurrieron los sentenciadores de alzada, al privilegiar las disposiciones del derecho interno en materia de prescripción. Por estas razones, cabe acoger el arbitrio y anular la decisión recurrida, siendo innecesario entrar al análisis de los restantes errores de derecho denunciados”.

¹⁴⁰ SCS Roles N° 43250/2017; 2494/2018; 8523/2018; 17043/2018; 25009/2018; 7484/2019; 11489/2019; 12323/2019; 19092/2019; 27.591/2019; 38575/2019; 11195/2020; 30287/2020; 33083/2020; 338575/2020; 43772/2020. En esta última sentencia, la Corte señaló lo siguiente:

“Octavo: No está demás recordar que la Corte de San José ha sostenido que “Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana.” (Corte IDH, 19 de noviembre de 1999, Fondo, V.M. y otros [“Niños de la Calle” vs. Guatemala, Serie C N° 63, párr. 188; citado por L.B. en “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos”, en Estudios Constitucionales, Año 12, N° 1, 2014, p. 121. Énfasis en el original)”

hecho en fecha reciente para obligar al Estado a entregar agua potable a ciertas comunas con sequía (Roles N° 72918/2020; 131140/2020)¹⁴¹¹⁴².

¹⁴¹ En la SCS Rol N° 72198/2020, la Corte Suprema indicó:

“Séptimo: Que el Estado de Chile, al ratificar diversos Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos y otros instrumentos propios del Derecho Internacional, ha adquirido voluntariamente una serie de obligaciones que resultan vinculantes, por expresa disposición del artículo 5, inciso 2°, de la Constitución Política de la República, en relación con sus artículos 1° y 4, todos los cuales se insertan en el Capítulo I del Texto Político, intitulado “De las Bases de la Institucionalidad”.

Así, el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos garantiza el derecho a la vida, desarrollando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el concepto de “vida digna”, que incluye el derecho de acceso al agua. En la misma dirección, la Convención establece el derecho a la integridad personal en su artículo 5 N° 1: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.

En este orden de consideraciones, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) v. Argentina”, Fondo, Reparaciones y Costas, por sentencia de 6 de febrero de 2020 señaló que: “Párrafo 222. El derecho al agua se encuentra protegido por el artículo 26 de la Convención Americana. Ello se desprende de las normas de la Carta de la OEA, en tanto las mismas permiten derivar derechos de los que, a su vez, se desprende el derecho al agua. Párrafo 227. El Comité DESC ha señalado que “el derecho al agua entraña tanto libertades como derechos”. Las primeras implican poder “mantener el acceso a un suministro de agua” y “no ser objeto de injerencias”, entre las que puede encontrarse la “contaminación de los recursos hídricos”. Los derechos, por su parte, se vinculan a “un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población iguales oportunidades de disfrutar del derecho”. Destacó también que “[e]l agua debe tratarse como un bien social y cultural, y no fundamentalmente como un bien económico”, y que “los siguientes factores se aplican en cualquier circunstancia: a) La disponibilidad. El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos [...]. b) La calidad. El agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre [...]. Además, el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables [...]. c) La accesibilidad. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte”.

También se debe considerar lo prevenido en la Convención Interamericana sobre Derechos de las Personas Mayores, ratificada por el Estado el 1 de septiembre de 2017, que en su artículo 25 reconoce el derecho al agua, como parte del derecho a vivir en un medio ambiente sano, en los siguientes términos: “Art. 25. Derecho a un medio ambiente sano. La persona mayor tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos, a tal fin los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho, entre ellas:

- a) Fomentar el desarrollo pleno de la persona mayor en armonía con la naturaleza.
- b) Garantizar el acceso de la persona mayor en condiciones de igualdad a servicios públicos básicos de agua potable y saneamiento, entre otros”.

Por su parte, el artículo 24.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño prescribe que: “Art. 24.1: Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud [...]. 2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: c) Combatir las enfermedades y la malnutrición [...] mediante, entre otras cosas, [...] el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre [...]; e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y

5. La titularidad de derechos para las personas jurídicas

Un punto importante de resaltar es el de la titularidad de los derechos, toda vez que el art. 5, inciso 2º parece restringirse a los derechos de las personas naturales, pues habla de “*derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*”.

La verdad es que ni en la Constitución de 1980, ni en la Convención Interamericana se ha restringido la titularidad de los derechos a las personas naturales.

En efecto, la titularidad de los derechos son los sujetos habilitados para invocarlos como títulos de defensa¹⁴³. La titularidad es el estatus normativo o condición jurídica en virtud del cual se constituye un sujeto de derecho que es beneficiado con la protección del derecho¹⁴⁴. La titularidad es la condición jurídica de ser sujeto activo o beneficiario actual de algún derecho o libertad fundamental consagrada en la Constitución y/o en alguno de los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes¹⁴⁵.

Se debe distinguir entre titularidad, capacidad y ejercicio de derechos. Mediante la titularidad un sujeto tiene, posee o se le reputa un derecho. La capacidad, en cambio, es la posibilidad jurídica de su ejercicio. El ejercicio, por su parte, es la

las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos [...]”.

salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho, entre ellas:

a) Fomentar el desarrollo pleno de la persona mayor en armonía con la naturaleza.

b) Garantizar el acceso de la persona mayor en condiciones de igualdad a servicios públicos básicos de agua potable y saneamiento, entre otros”.

En el mismo sentido, SCS Rol N° 131140/2020, considerando 11º.

¹⁴² El Ministro Sergio Muñoz (“El estándar de convencionalidad y el principio pro homine Ob. Cit.”), señala que el control de convencionalidad ha sido aplicado en distintas áreas del derecho, que el agrupa en seis. En materia penal (Roles N° 469/1998; 11821/2003; 559/2004; 2596/2009; 5720/2010; 10665/2011; 288/2012; 12566/2012); en materia laboral (Roles N° 2006/2005; 1781/2010; 1071/2012); en pueblos indígenas (Roles N° 258/2011; 10090/2011; 11040/2011; 2211/2012); en materia de responsabilidad penal adolescente (Rol N° 4760/2012); en materia de expulsión de extranjeros (Roles N° 3867/2010; 8518/2012; 9065/2012; 400/2013); y en materia de familia (Roles N° 7220/2011).

¹⁴³ Núñez, Manuel. Titularidad y sujetos pasivos de los derechos fundamentales, en: Revista de Derecho Público, Vol. 63 N° 1, página 200.

¹⁴⁴ Contreras, Pablo. Titularidad de los derechos fundamentales, en: Manual sobre Derechos Fundamentales, Ediciones LOM, Santiago (2017), página 120.

¹⁴⁵ García, Gonzalo; Contreras, Pablo. Voz: “Titularidad”, en: Diccionario Constitucional Chileno, Santiago (2014), Cuaderno del Tribunal Constitucional N° 55, página 853.

actividad potencial de parte del titular del derecho y depende no sólo de su capacidad de goce, sino que también de ejercicio¹⁴⁶.

La determinación de quienes tienen derechos fundamentales y, por lo tanto, son titulares de los mismos, es una decisión normativa que se adopta en cada ordenamiento. En tal sentido, para alegar la titularidad de un derecho se requiere invocar una norma jurídica que determine una atribución del mismo a un sujeto. En general, la asignación de titularidad se hace mediante una norma amplia de atribución de derechos fundamentales. En el caso chileno, la Constitución asegura a “*todas las personas*” los derechos que enumera el artículo 19. Así como la titularidad es una decisión normativa, la negación de ella también lo es. Esta es una prohibición para que determinados sujetos invoquen determinados derechos¹⁴⁷.

Para despejar adecuadamente el asunto de la titularidad, es necesario hacer una separación entre lo que dispone la Constitución y lo que dispone la Convención Americana de Derechos Humanos.

La Constitución define la titularidad de los derechos en el encabezado de su artículo 19, señalando, como ya se indicó, que estos los tienen “*todas las personas*”. Ello es consecuencia que “*las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*” (art. 1).

Para Molina¹⁴⁸ la Carta de 1980 reemplaza la voz “*habitantes*”, que utilizaba la Constitución de 1925, por la expresión “*personas*”, que tiene un significado jurídico más amplio, pues las personas son naturales o jurídicas (art. 54, Código Civil). La voz “*persona*”, comprende a las personas naturales como a las jurídicas, tanto a las que están en el territorio de la República, como a las que están fuera de él¹⁴⁹.

¹⁴⁶ García, Gonzalo. Contreras, Pablo, Martínez Victoria. Voz: “Titularidad”, en: Diccionario Constitucional Chileno. Ob. Cit. página 957.

¹⁴⁷ Contreras, Pablo. Titularidad de los derechos fundamentales. Ob. Cit., página 124 – 125.

¹⁴⁸ Molina, Hernán. Derecho Constitucional, Editorial Lexis Nexis, 6º edición (2006), Santiago, página 195.

¹⁴⁹ Verdugo, Mario. Pfeffer, Emilio. Nogueira, Humberto. Derecho Constitucional. Ob. Cit., página 194.

Con la sustitución de la palabra “*habitantes*” por el sustantivo “*personas*”, queda claro, por ende, que las garantías del Capítulo III son siempre para personas naturales, pero también están comprendidas las personas jurídicas y los entes morales o sociedades de hecho cuando el derecho así lo distingue. Los derechos que el artículo 19 asegura es a todas las personas, naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, de derecho público o privado, domiciliados o transeúntes, e incluso, abarca a las personas morales o carentes de personalidad jurídica. Los sujetos ostentadores de las garantías reconocidas por la institucionalidad chilena fueron ampliados por la Constitución de 1980 a “*todas las personas*”, incluyéndose así a las personas jurídicas, poniendo término a un debate que de la titularidad de estos derechos de estas últimas se había planteado en varias ocasiones¹⁵⁰. Con la expresión “*habitante*” se dejaba excluida a las personas jurídicas y a los entes morales, bajo la Constitución de 1925, pues aquellos y estos, no habitan, moran, ni conviven en nuestra geografía¹⁵¹.

La regla general es que sean las personas naturales los titulares de derechos fundamentales. Como la condición de persona se adquiere por el sólo hecho de nacer, ello representa una ventaja para la adquisición de derechos, pues, esta se adquiere de manera originaria y gratuita, sin que se necesite más. Así, el Tribunal Constitucional ha sostenido:

“Automáticamente, por el nacimiento, sin que se requiera acto, contrato, registro o reconocimiento. También esta condición no se pierde. No es temporal, por un tiempo. Se tiene para siempre. De ahí que no se suspenda ni se prive, ni se cancele, ni se pueda renunciar a ella. Pasa a ser inherente. Además, esta condición la tienen todas las personas. No hay ser humano o grupo de estos, privilegiados que tengan esta condición, y otros no. La tienen los hombres y las mujeres, cualquiera sea su orientación sexual o su identidad de género, los niños, los jóvenes, los adultos, los creyentes y no creyentes, los casados y los solteros, los que pertenezcan o no a etnias

¹⁵⁰ Vivanco, Ángela. Curso de Derecho Constitucional, Tomo II, Ob. Cit. página 240 – 241.

¹⁵¹ Cea, Egaña. José Luís. Derecho Constitucional Chileno. Tomo II, Ob. Cit. página 50.

originarias, los que tengan alguna enfermedad o alguna discapacidad, los chilenos y los extranjeros. Al tenerla todos, es oponible también a todos”¹⁵².

Entonces, la razón de que las personas naturales, por el hecho de ser tales, titulares de derecho, radica en que estos son innatos y se les vincule de manera directa la noción de dignidad humana¹⁵³.

No obstante, el reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas tiene un carácter excepcional y requiere de una justificación particular. Las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos fundamentales, sobre todo las de derecho privado, porque son proyecciones del actuar de los individuos. El ordenamiento jurídico, para el desarrollo de las personas naturales, pone a su disposición estas entidades¹⁵⁴. Así, por ejemplo, las personas jurídicas de derecho privado en nuestro sistema constitucional, son producto del ejercicio que las personas naturales hacen del derecho de asociación (art. 19 N° 15)¹⁵⁵. La personalidad jurídica es sólo la manifestación externa de una realidad material mayor: la existencia de una asociación. Los derechos tienen como titular a las personas naturales y jurídicas, indistintamente. Pero, hay ciertos derechos que, por su naturaleza, sólo pueden corresponde a personas naturales, así como otros derechos incumben a personas jurídicas¹⁵⁶.

En ese sentido, la titularidad de ciertos derechos no tiene ningún inconveniente de para que puedan ser ejercidos por las personas jurídicas¹⁵⁷. De ahí que los derechos del artículo 19 se aplican, plenamente, a las personas naturales y a las personas jurídicas. Pero a estas últimas, en la medida que su naturaleza estén vinculadas a los objetivos comprendidos en su respectivo estatuto jurídico y a los medios o instrumentos consagrados al servicio de sus finalidades específicas¹⁵⁸.

¹⁵² STC Rol N° 3729/2017, considerando 69°.

¹⁵³ Aldunate, Eduardo. Derechos Fundamentales, Editorial Legal Publishing, Santiago, página 155.

¹⁵⁴ Aldunate, Eduardo. Derechos Fundamentales, Ob. Cit., página 156.

¹⁵⁵ Silva Bascuñán, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional, Tomo XI, Editorial Jurídica de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2° edición (2006), Santiago, página 31.

¹⁵⁶ Cea Egaña, Derecho Constitucional Chileno, Tomo II, Ob. Cit., página 51.

¹⁵⁷ Nogueira, Humberto. Derecho Constitucional. Ob. Cit. página 55.

¹⁵⁸ Silva Bascuñán, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional, Tomo XI. Ob. Cit. página 32.

En todo caso, la Constitución reconoce a ciertas personas jurídicas a propósito de la regulación de ciertos derechos. Así sucede con los medios de comunicación social (art. 19 N° 12); las confesiones e instituciones religiosas (art. 19 N° 6); universidades (19 N° 12), asociaciones (art. 19 N° 15); partidos políticos (art. 19 N° 15), colegios profesionales (19 N° 16); organizaciones sindicales (19 N° 19), establecimientos educacionales (art. 19 N° 11)¹⁵⁹.

En definitiva, la Constitución reconoce a las personas jurídicas como titulares de derecho, que por su propia naturaleza admitan el ejercicio por parte de entes colectivos. Así ocurre con los derechos de orden patrimonial; con la legitimidad activa para accionar, etc.¹⁶⁰

La extensión de los derechos fundamentales a las personas jurídicas debe sujetarse a dos criterios. Por una parte, la determinación de si la naturaleza del derecho puede ser aplicable a esta y, por la otra, si la persona jurídica es de derecho privado y surgió como entidad instrumental, utilizada por personas naturales en el ejercicio de los derechos que son inherentes a estas¹⁶¹.

En cuanto a lo que dispone la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 1º, esta sostiene que los derechos y libertades son para toda persona sujeta a su jurisdicción, disponiendo que “*persona*”, para los efectos de esta Convención, es todo ser humano.

En los primeros fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esta limitó la protección otorgada por el Sistema Interamericano a las personas naturales, dejando fuera a las personas jurídicas. Consideró que estas no podían ser víctima de una violación de derechos humanos, pues estas son ficciones jurídicas sin existencia real en el orden material. La empresa, sostuvo, no puede ser una víctima de una violación de derechos humanos¹⁶².

¹⁵⁹ Silva Bascuñán, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional, Tomo XI, Ob. Cit. 31.

¹⁶⁰ Núñez, Manuel. Titularidad y sujetos pasivos de los derechos fundamentales. Ob. Cit., página 202.

¹⁶¹ Contreras, Pablo. Titularidad de los derechos fundamentales. Ob. Cit. página 137.

¹⁶² Caso Mevopal S.A v. Argentina. Informe N° 39/1999; Tabacalera Boquerón S.A. v. Paraguay, Informe N°. 47/1997.

Sin embargo, esa concepción inicial fue reemplazada a contar del año 2001, en el caso *Cantos vs Argentina*, 10.09.2001. La Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró varios argumentos. Por de pronto, que los derechos y obligaciones de las personas jurídicas, se resuelven en derechos y obligaciones de las personas físicas que las constituyen o que actúan en su nombre y representación. Enseguida, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que la exclusión de las personas jurídicas de su ámbito de protección no era razonable pues implicaba, quitar protección de la Convención a un conjunto importante de derechos.

En Europa, la Corte Europea en el caso *Pine Valley* (29.11.1991) sostuvo que las personas jurídicas no son más que vehículos por el cual las personas naturales ejercen sus derechos. Por lo mismo, la protección a una persona jurídica se resuelve en la protección a las personas naturales que la conforman.

Raúl Núñez¹⁶³ entrega los siguientes argumentos para afirmar la procedencia de la protección de los derechos de las personas jurídicas. En primer lugar, excluirlas sería una violación al derecho de acceso a la justicia de estas entidades. En segundo lugar, sería afectar la igualdad y no discriminación del sistema de derechos humanos vigente. En tercer lugar, la Declaración Americana de Derechos Humanos no realiza una distinción entre personas jurídicas y personas naturales, sino en uno de sus preceptos. En cuarto lugar, el sistema otorga protección a entidades no gubernamentales. Por lo mismo, sería un retroceso excluir a las personas jurídicas de su protección. Finalmente, el fin central de la Convención es la protección de los derechos esenciales que ella consagra. Para el logro de este fin, debe tomarse en cuenta el avance internacional sobre derechos humanos y darle la mayor protección de los mismos. Restringir el acceso al sistema de protección de los derechos humanos de aquellas creaciones humanas que han permitido el desarrollo del ser

¹⁶³ Núñez, Raúl. La persona jurídica como sujeto de los derechos humanos en el sistema interamericano de derechos humanos, en: *Perspectivas internacionales*, Cali, Colombia, Vol. 6º N° 1 enero diciembre (2010), página 205 – 226;

humano, va contra una interpretación evolutiva de los derechos. Se dejaría sin protección a un espacio amplio de la vida y actividad de los individuos.

Por lo mismo, la titularidad de los derechos por persona jurídica, es algo que corresponde plenamente, tanto en el marco de nuestra Constitución, como en el de la Convención Americana de Derechos Humanos. Por una parte, porque la atribución de titularidad de derechos se efectúa bajo un mandato de igualdad. Por la otra, porque si bien la Constitución no cuenta con una regla especial de titularidad para este tipo de personas, la regla general del encabezado del art. 19 se interpreta en términos amplios¹⁶⁴.

¹⁶⁴ García, Gonzalo; Contreras, Pablo; Martínez Victoria. Voz: "Titularidad", en: Diccionario Constitucional Chileno. Ob. Cit. páginas 957 a 959.

III. EL RECURSO DE PROTECCIÓN COMO VÍA DE IMPUGNACIÓN

Un tercer elemento de análisis es el posible uso del recurso de protección como vía de impugnación de la Ley N° 21.330.

1. Estado de indefensión

La publicación de la Ley N° 21.330 en el Diario Oficial ha generado una suerte de indefensión para las Compañía de Seguros nacionales, por las siguientes razones.

1. Los proyectos de ley no pueden ser impugnados por los ciudadanos. Sólo son legitimados, conforme al artículo 93 N° 3 de la Constitución, el Presidente de la República, cualquiera de las Cámaras o una cuarta parte de sus miembros.

2. El proyecto se promulgó de un momento a otro, luego que el Tribunal Constitucional (Rol N° 10774/2021), el 27.04.2021, anunciara que había decidido no admitir a trámite el requerimiento por 7 votos a 3. El Presidente procedió a promulgar la ley el 27.04.2021.

La premura se refleja en que conforme al art. 64 de la LOCTC, recibido un requerimiento, el Tribunal debe comunicar al Presidente de la República la existencia de la reclamación para que se abstenga de promulgar la parte impugnada del respectivo proyecto. No obstante que el Tribunal había oficiado al Presidente de la República, este igual promulgó la ley. Por eso, el Tribunal, en el resuelto 3° de su fallo de 29.04.2021, señala lo siguiente:

“3. Déjase sin efecto la comunicación que rola a fojas 513 que -conforme al artículo 64 de la Ley N° 17.997- le ordenó a S.E. el Presidente de la República abstenerse de promulgar la parte impugnada del proyecto de reforma constitucional; sin perjuicio de hacer notar este Tribunal Constitucional la improcedencia de la promulgación y publicación de la Ley N° 21.330 (Diario Oficial N° 42.941-B, de Miércoles 28 de Abril de 2021), antes de la expedición y comunicación de la presente resolución”.

Asimismo, la Contraloría tomó razón del decreto promulgatorio, el mismo día de la promulgación. También la publicación de la ley se hizo en una edición extraordinaria del Diario Oficial del día 28.04.2021.

3. El proyecto de ley avanzó en su tramitación a velocidades inusitadas para una reforma constitucional en el Congreso Nacional. Salió de la Cámara de Diputados el 15 de abril; salió del Senado el 22 de abril, y fue despachado por la Cámara en tercer trámite el 23 de abril.

4. No hay ninguna acción o recurso expreso que permita impugnar directamente una reforma constitucional de parte de los ciudadanos que puedan resultar afectados.

5. La vulneración de derechos que implicaba el adelanto de dinero en las rentas vitalicias se hizo presente durante la tramitación de la reforma constitucional. Asimismo, el Ejecutivo en el requerimiento que no fue admitido a trámite por el Tribunal Constitucional, hizo presente dicha vulneración, la que finalmente no fue conocida por el Tribunal Constitucional pues este desestimó pronunciarse sobre el fondo. Además, el Tribunal Constitucional, en su sentencia de no admisión a trámite, no se hace cargo que los dos proyectos previos de retiro (Leyes N° 21.248/2020 y N° 21.295/2020) no contemplaban esta regulación de las rentas vitalicias.

6. Finalmente, las Compañía de Seguros afectadas cuyos dueños sean extranjeros, pueden recurrir a instancias internacionales. Pero, las Compañía de Seguros que sean nacionales no tienen esta posibilidad.

Por todas estas razones, es legítimo concluir que las Compañías de Seguros afectadas se encuentran en un verdadero estado de indefensión. De ahí que sea necesario explorar algún camino impugnatorio.

2. El camino del recurso de protección

Existen distintos caminos de impugnación de la Ley N° 21.330. Una es la vía internacional, para aquellas empresas cuyos dueños sean nacionales de países con

los que Chile tiene Tratados de protección recíprocas de inversiones. Estos pueden terminar llevando su caso al CIADI, después de agotar la vía interna. El otro camino es la vía nacional. Aquí se examinará el recurso de protección.

El recurso de protección es la acción constitucional que entrega una garantía efectiva a las personas respecto de los derechos y las libertades que consagra nuestro ordenamiento jurídico. Esta acción permite que dichos derechos y libertades sean asegurados de modo certero y eficaz.

La doctrina ha entregado una serie de definiciones sobre esta acción. Eduardo Soto Kloss la ha definido en los siguientes términos:

*“Se trata de un remedio expedito, pronto y eficaz que el tribunal (colegiado, en este caso) va a conocer de tal modo que debe adoptar las providencias necesarias para restablecer el imperio del Derecho y asegurar la debida protección del afectado”*¹⁶⁵

Del mismo modo, Verdugo, Pfeffer y Nogueira lo definen como *“una acción cautelar de ciertos derechos fundamentales frente a los menoscabos que pueden experimentar como consecuencia de acciones u omisiones ilegales o arbitrarias de la autoridad o de particulares”*¹⁶⁶.

Desde una perspectiva de los derechos fundamentales, Humberto Nogueira lo define de la siguiente manera:

“Un derecho fundamental de las personas y una acción constitucional destinada a poner en ejercicio de las facultades jurisdiccionales de los tribunales de justicia (Cortes de Apelaciones) a través de un procedimiento efectivo, concentrado y breve, ante actos ilegales o arbitrarios de terceros que amenacen, perturben o priven del legítimo ejercicio de los derechos

¹⁶⁵ Soto Kloss, Eduardo. El recurso de protección. Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición (1982), página 15.

¹⁶⁶ Verdugo, Mario; Pfeffer, Emilio; Nogueira, Humberto. Derecho Constitucional, Tomo I, Ob. Cit., Santiago, página 338.

*expresamente mencionados con el objeto de restablecer el pleno imperio del derecho y los derechos de las personas de un modo directo e inmediato*¹⁶⁷.

Enseguida, desde una perspectiva procesal, Mario Mosquera y Cristián Maturana han definido esta acción, señalando lo siguiente:

“el denominado recurso de protección lo podemos definir como la acción constitucional que cualquier persona puede interponer ante los tribunales superiores, a fin de solicitarles que adopten inmediatamente las providencias que juzguen necesarias para establecer el imperio del derecho y asegurarle la debida protección, frente a un acto u omisión arbitraria o ilegal que importe una privación, perturbación o amenaza al legítimo ejercicio de los derechos y garantías que el constituyente establece, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”¹⁶⁸.

Por último, Francisco Pinochet ha sostenido que el recurso de protección es:

“una acción autónoma que forma parte de la jurisdicción constitucional, que origina un proceso sumario y concentrado, entregado a las Cortes de Apelaciones, de carácter declarativo y de urgencia, cuyo objeto es la tutela de los derechos fundamentales, ya sean de configuración legal o constitucional, frente a los actos u omisiones del poder político y/o de los particulares que infringen u atropellan tales derechos”¹⁶⁹.

La acción de protección se caracteriza por lo siguiente¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Nogueira, Humberto, Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales, Editorial Librotecnia, 2º edición (2008), Santiago, página 279.

¹⁶⁸ Mosquera, Mario; Maturana, Cristián. Los recursos procesales, Editorial Jurídica de Chile, 1º edición (2010), Santiago, página 405.

¹⁶⁹ Pinochet, Francisco. El recurso de protección, Editorial El Jurista, 1º edición (2016), Santiago, página 29.

¹⁷⁰ Zúñiga, Francisco; Perramont, Alfonso. Acciones Constitucionales, Editorial Lexis Nexis, 1º edición (2003), Santiago, páginas 74 a 76; Ugalde, Rodrigo; Varela, Jorge. El recurso de protección en materia tributaria, Editorial Jurídica Cono Sur, 1º edición (1993), páginas 5 a 14; Ferrada, Juan Carlos; Bordalí, Andrés, Cazor, Kamel, El Recurso De Protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo. Revista de Derecho N° 14 (2003), Valdivia, páginas 72 a 76.

En primer lugar, tiene rango constitucional. Se encuentra regulada en el art. 20 de la Constitución, el cual señala:

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

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

En segundo lugar, es una acción cautelar. Su pretensión consiste en que el órgano jurisdiccional adopte las medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del derecho y dar la debida protección al ofendido. De ahí que, por una parte, la acción de protección no da origen a una contienda entre partes, pues la pretensión va dirigida al tribunal y no al ofensor. Por la otra, es una manifestación de las facultades conservadoras de los tribunales, que deben velar por el respecto a la Constitución¹⁷¹.

En tercer lugar, es una acción autónoma, que da origen a un procedimiento de urgencia. La autonomía, por una parte, está dada pues no depende de otro procedimiento; la acción de protección da lugar a un procedimiento principal, de

¹⁷¹ Otero, Jorge; Errazuriz, Juan Manuel, Aspectos procesales del recurso de protección, Editorial Jurídica de Chile, 1º edición (1989), páginas 38 – 41; Pinochet, Francisco. El recurso de protección, Ob. Cit. página 30 – 38.

modo que opera por sí misma. La urgencia, por la otra, dice relación con la adopción de medidas rápidas y eficaces, reduciendo la cognición propia de un procedimiento ordinario, permitiendo a los tribunales la adopción de las medidas que sean necesarias para subsanar la afectación a los derechos fundamentales que se hubiera producido¹⁷².

En cuarto lugar, la sentencia en el recurso de protección sólo genera efecto de cosa juzgada formal, esto es, que este mismo asunto puede ser revisado en un juicio distinto, de lato conocimiento, por las siguientes razones¹⁷³. Por de pronto, por la naturaleza cautelar que tiene el recurso de protección, como un mecanismo para asegurar el ejercicio de un derecho de forma provisional. Enseguida, por su carácter de breve y concentrado, de modo que carece de un "*contradictorio*" adecuado que permita discutir con mayor o menor amplitud sobre el derecho contravenido, en términos de cerrar el debate para siempre¹⁷⁴; esta sumariedad en la discusión aumenta el grado de un posible error judicial, por lo que no puede resolverse el

¹⁷² Como indican Jana y Marín, el sentido de urgencia es un elemento central cuando el recurso de protección se interpone en materia contractual. Por lo general, la urgencia es un elemento que se determina caso a caso. Sin embargo, en determinados contratos, como por ejemplo los de ISAPRES o AFP con sus afiliados, tal urgencia tiende a objetivarse, emanando de la propia materia sobre los que versan, la salud en un caso y los derechos previsionales en el otro (Jana, Andrés; Marín, Juan Carlos. El recurso de protección y los derechos personales emanados de contratos: Algunos aspectos relevantes, Revista de Derechos y Humanidades N° 1 (1992), página 121 – 122). Sobre este mismo asunto, se puede consultar: Olave, Cristián. Recurso de Protección, Editorial Jurídica Cono Sur, 2º edición (1998), páginas 7 a 65.

¹⁷³ Romero Seguel, Alejandro, Notas sobre la cosa juzgada en el recurso de protección, en: Revista Chilena de Derecho. Vol. 26 N° 2 (1999), pp. 503-515; Ferrada, Juan Carlos; Bordalí, Andrés, Cazor, Kamel, El Recurso de Protección Ob. Cit., página 76.

¹⁷⁴ En este punto, la doctrina discute si el recurso de protección da lugar a un procedimiento unilateral o bilateral. Quienes sostienen que el recurso de protección da lugar a un procedimiento de carácter unilateral, establecen que el agraviado no requiere de una contraparte, pues la finalidad de este procedimiento es, únicamente, entregarle protección jurídica a los derechos que se le han vulnerado. Por ello, sostienen que el sujeto pasivo, en el recurso de protección, es el Tribunal y no el ofensor, pues corresponde al juez adoptar las medidas estime pertinente para restablecer el imperio del derecho (Otero, Jorge; Errazuriz, Juan Manuel, Aspectos procesales del recurso de protección, Ob. Cit, páginas 41 a 43). En cambio, quienes sostienen que el recurso de protección da lugar a un procedimiento de carácter bilateral, argumentan que el ofensor tiene derecho al debido proceso y a un justo y racional procedimiento, lo que se manifiesta en que el ofensor puede hacerse parte en el procedimiento; puede entregar un informe que fundamenta su actuar, junto con todos los antecedentes que estime pertinente; puede solicitar medidas para mejor resolver; puede alegar en la vista de la causa; puede apelar a la decisión que emita la Corte de Apelaciones (Nogueira, Humberto, Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales, Ob. Cit., página 286 a 288; Paillas, Enrique, El Recurso de Protección ante el Derecho Comparado, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1977, página 77; Ferrada, Juan Carlos; Bordalí, Andrés, Cazor, Kamel, El Recurso De Protección Ob. Cit, página 74).

asunto de forma definitiva¹⁷⁵. Finalmente, porque el propio art. 20 sostiene que “*sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes*”. De este modo, la acción de protección puede actuar en la tutela de los derechos fundamentales, sin que pueda excluir el ejercicio de otras acciones sobre el mismo derecho.

Los requisitos para que proceda el recurso de protección son los siguientes¹⁷⁶.

En primer lugar, se debe haber producido un acto u omisión que vulnere la Constitución.

La acción, por una parte, implica un hecho positivo, una actividad, una hacer algo que amenace, perturbe o prive a alguien en el legítimo ejercicio alguno de sus derechos.

La omisión, por la otra, implica un no hacer, una inactividad, un silencio ilegal o arbitrario que produce amenaza, perturbación o privación en el legítimo ejercicio de un derecho. De esta manera, no basta la mera inactividad o silencio; además, se requiere que el sujeto omisivo se encuentra en la obligación de actuar, pudiendo hacer tal obligación de carácter constitucional, legal, reglamentaria o estatutaria.

En segundo lugar, dicho acto debe haber sido arbitrario o ilegal.

La arbitrariedad significa que un acto u omisión no tiene razón que lo fundamente, cuando quien actúa o se abstiene de actuar lo hace por su mero capricho, carente de toda razonabilidad, sin una razón jurídica que le sirva de fundamento y que justifique su actuar u omitir.

¹⁷⁵ La doctrina ha indicado que en la falta de contradictoriedad se encuentra el sentido garantista de la acción de protección, ya que “*se tramita sin forma de juicio*”, de ahí que presentada la acción, el informe puede adoptar las más diversas formas; muchas veces no hay términos probatorios; y se puede llegar a la vista de la causa sin tener claro los puntos controvertidos (Aldunate Lizana, Eduardo, *Derechos Fundamentales*, Ob. Cit., página 364).

¹⁷⁶ Soto Kloss, Eduardo. *El recurso de protección. Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia*, Ob. Cit., páginas 81 a 95; Otero, Jorge; Errazuriz, Juan Manuel, *Aspectos procesales del recurso de protección*, Editorial Jurídica de Chile, 1º edición (1989), páginas 51 – 58; Pinochet, Francisco. *El recurso de protección*, Ob. Cit., página 123 a 162; Verdugo, Mario; Pfeffer, Emilio; Nogueira, Humberto. *Derecho Constitucional*, Tomo I, página 339 a 341.

La ilegalidad, en cambio, representa una contravención formal al ordenamiento jurídico, es decir, una actuación marcada por la antijuricidad, infracción o violación del bloque de constitucionalidad en su totalidad. Esta se manifiesta cuando se realiza una actuación que no concuerda con la norma jurídica que prescribe lo debido, es decir, que indica su actuar.

En tercer lugar, el acto arbitrario o ilegal debe haber producido amenaza, perturbación o privación del derecho que se alega.

Por de pronto, la amenaza significa un peligro de suceder algún mal; algún indicio de sobrevenir de modo inminente algo malo o desagradable; presagio de hacer temer un mal; palabra, gesto o acto por medio del cual se expresa la voluntad de querer hacer un mal a alguien, anuncio de un mal futuro¹⁷⁷⁻¹⁷⁸. La perturbación, por su parte, corresponde a un trastorno del orden y concierto de las cosas, o bien un trastorno de su quietud o sosiego, a la alteración de la situación pacífica, tranquila y cuyo goce satisface. Por último, la privación significa despojar, cercenar, quitar, impedir de modo entero y total, el ejercicio legítimo de un determinado derecho fundamental.

En cuarto lugar, la afectación al derecho por el acto u omisión, arbitrario o ilegal, debe ser actual, es decir, la afectación del derecho debe estar presente al momento

¹⁷⁷ Para que la amenaza justifique su tutela mediante el recurso de protección deben cumplirse los siguientes requisitos. Primero, debe ser cierta, de modo que no puede ser ilusoria debiendo el recurrente probar dicha situación. Segundo, debe ser actual, esto es, que debe ser contemporánea al momento de recurrirse protección. Tercero, debe ser precisa, esto es, no puede ser vaga pues de lo contrario el juez no puede determinar si es antijurídica o no. Cuarto, debe ser concreta, esto es, que debe consistir realmente en una intimidación teniendo en cuenta las circunstancias objetivas y subjetivas. La amenaza puede configurarse por una acción y también por una omisión de la autoridad. Por ejemplo. Cuando la autoridad debía resolver o pronunciarse sobre una situación en particular y no lo hizo (Soto Kloss, Eduardo. El recurso de protección. Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia, Ob. Cit., páginas 82 a 86). La jurisprudencia de la Corte Suprema ha seguido expresamente estos criterios (Rol N° 7562/2008).

¹⁷⁸ Según explican Muñoz y Facuse, el concepto de amenaza ha permitido que la acción de protección se haya consolidado paulatinamente en nuestra tradición jurídica como remedio cautelar extraordinario y de urgencia que permiten tutelar los derechos, no sólo *ex post*, sino que también *ex ante* por una eventual transgresión a los derechos fundamentales (Muñoz, Carlos; Facuse, Nicolás. El desarrollo jurisprudencial del concepto de amenaza como presupuesto procesal para la procedencia de la acción de protección. Revista de Derecho Público, Volumen N° 81, N° 2 (2014), Santiago, páginas 55 a 76).

de interponer la acción, pues esta no procede respecto de lesiones pasadas, o que cesaron al momento en que se interpuso la acción¹⁷⁹.

Habiéndose configurado estos requisitos, el ofendido podrá interponer la acción de protección como mecanismo jurisdiccional que le permita amparar sus derechos. Este se debe interponer dentro del plazo fatal de treinta días corridos contados desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión o, según la naturaleza de éstos, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos. Su interposición debe realizarse ante la Corte de Apelaciones en cuya jurisdicción se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión arbitraria o ilegal que ocasionen privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de las garantías constitucionales respectivas, o donde éstos hubieren producido sus efectos, a elección del recurrente (Nº 1, Acta 94 – 2015). Su examen de admisibilidad se realiza en cuenta, donde se analizan los hechos que se denuncian y si fue interpuesto en tiempo y forma (Nº 2).

En caso de haber sido declarado admisible el recurso, la Corte de Apelaciones solicitará informe, por la vía más rápida y efectiva, al ofensor, quien podrá hacerse parte en el recurso (Nº 4). Este informe deberá evacuarse “*en un plazo breve y perentorio*” que fijará la Corte en su resolución (Nº 3).

Habiendo transcurrido el plazo para evacuar el informe, la Corte de Apelaciones ordenará traer los autos en relación y agregará extraordinariamente la causa a la tabla para su vista. Una vez concluida esta, deberá dictar sentencia en un plazo máximo de 5 días hábiles (Nº 10)¹⁸⁰. La sentencia que emita la Corte será apelable ante la Corte Suprema.

¹⁷⁹ Cuando no se ha cumplido este requisito, la Corte Suprema ha sostenido que el recurso carece de oportunidad (Roles Nº 288/2008; 1827/2010; 6681/2010; 89661/2016; 92812/2016; 92816/2016; 4758/2017; 30328/2017; 5297/2018; 19058/2018; 31321/2018; 29188/2019; 79038/2020; 13112/2020; 28674/2021).

¹⁸⁰ La excepción a esta regla es respecto de los Nº 1, 3º inciso 5º, 12 y 13º del art. 19, donde el fallo deberá emitirse en un plazo máximo de dos días hábiles.

3. Características del recurso de protección que lo hacen particularmente idóneo para este caso.

El recurso de protección presenta algunas propiedades de su naturaleza jurídica que determinan que sea particularmente idóneo para el control de la Corte Suprema, sobre todo a partir de la situación de indefensión provocada por el constituyente.

En primer lugar, el recurso de protección es una acción amplia en un triple sentido.

Por de pronto, respecto a los sujetos activos que pueden interponerla. La expresión “*El que*” ha permitido que la acción de protección sea interpuesta por personas naturales; personas jurídicas; agrupaciones sin personalidad jurídica; organismos públicos¹⁸¹. Incluso, esta acción ha sido interpuesta respecto de hechos y personas fuera del territorio nacional¹⁸².

¹⁸¹ Soto Kloss, Eduardo. El recurso de protección. Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia, Ob. Cit., páginas 71 - 79; Otero, Jorge; Errazuriz, Juan Manuel, Aspectos procesales del recurso de protección, Ob. Cit. página 15.

¹⁸² Así sucedió con Leopoldo López y Daniel Ceballos, ciudadanos de nacionalidad venezolana, que se encontraban haciendo una huelga de hambre por su condición de prisioneros políticos. La Corte Suprema (Rol N° 17393/2015) sostuvo que habían dos fuentes que reconocían la jurisdicción universal de los derechos humanos. En concreto, en el considerando 2°, la Corte sostuvo:

“Dos fuentes de derecho han sido usualmente citadas para reconocer validez a la jurisdicción universal: el derecho de los tratados, en particular los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo Adicional I de 1977, la Convención contra el Genocidio, el Estatuto de la Corte Penal Internacional y la Convención contra la Tortura de 1984. En nuestro continente tiene especial importancia el Pacto de Derechos Civiles de San José de Costa Rica. Más allá de que estos tratados no contemplen taxativamente dicha jurisdicción universal, a estas alturas una apreciable cantidad de Estados –ni qué decir la doctrina académica– ha formulado la interpretación –no rebatida– de que la vigencia de los derechos esenciales de la persona humana a que ellos aluden, sólo es posible si se autoriza y hasta se obliga a los Estados a su cabal ejercicio a través de sus tribunales nacionales. La segunda fuente, es el derecho consuetudinario internacional que como es sabido, cumple un fuerte rol en la génesis y desarrollo del derecho de los Estados y que en esta materia ha tenido un amplio camino recorrido”.

Además, la Corte sostuvo que los art. 19 y 20 no distinguen al momento de determinar el legitimado activo. En el considerando 9°, la Corte indicó:

“Que, establecido que la Constitución Política de Chile reconoce –y no declara– los derechos esenciales de la persona humana provenientes de la Carta Universal de los Derechos Humanos emanado de las Naciones Unidas y reconocidos también por la Carta Americana de la OEA, órgano al que concurren ambos países, es necesario todavía determinar la competencia de los tribunales ordinarios chilenos en la materia que interesa. El artículo 19 de la Constitución nacional, “asegura a todas las personas” (sin distinguir su nacionalidad o ubicación geográfica, en su número 1°, “El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”.

Enseguida, el recurso de protección procede respecto de actos u omisiones de cualquier autoridad o persona que prive, amenace o perturbe el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales¹⁸³. La Corte Suprema ha sostenido expresamente, que no existen órganos excluidos del recurso de protección:

*“Tercero: Que la amplitud de la norma sobre el recurso de protección sólo tiene el sentido de no excluir ni exceptuar a ningún órgano del Estado, por el solo hecho de ser tal, de la posibilidad de que sus acciones u omisiones puedan ser objeto del recurso”*¹⁸⁴.

Sin duda, la gran mayoría de recursos de protección se interponen contra decisiones o actuaciones de la Administración; o también respecto de actuaciones de particulares. Sin embargo, el recurso de protección también puede ser interpuesto respecto de otros organismos.

En primer lugar, respecto del Congreso Nacional¹⁸⁵. En algunos casos se han interpuesto recursos de protección contra decisiones que este ha adoptado¹⁸⁶. Enseguida, contra sus actuaciones materiales¹⁸⁷. Del mismo modo, por obligaciones

Por su parte, su artículo 20 consagra la posibilidad para todo aquél –tampoco distingue su nacionalidad o ubicación geográfica– “que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, Números 1...”, de recurrir de protección, por sí mismo o “por cualquiera a su nombre”, a la Corte de Apelaciones respectiva...”

Sobre este caso, se pueden revisar los comentarios de Francisco Zúñiga (Sentencia de la Excm. Corte Suprema de Justicia que acoge recurso de protección de venezolanos Leopoldo López y Daniel Ceballos, Revista de Derecho Público, Volumen 83, 2º semestre (2015), páginas 167 a 181) y Jorge Larroucau (La expansión procesal de la protección de derechos fundamentales, Revista de Derecho Privado, N° 37 (2019), páginas 249 a 282).

¹⁸³ Soto Kloss, Eduardo. El recurso de protección. Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia, Ob. Cit., páginas 309 a 396; Pinochet, Francisco. El recurso de protección, Ob. Cit., página 129 a 141.

¹⁸⁴ SCS Rol N° 1345/2020. En el mismo sentido, SCS Roles N° 6906/2016; 33786/2019; 36243/2019; 1322/2020.

¹⁸⁵ En este punto, la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución fue expresa, pues sostuvo que la acción podría comprender “al Congreso, o una rama del Parlamento que actuando fuera de la esfera de los mecanismos de generación de la ley, para cuyo efecto hay otros procedimientos, atentara contra ciertos derechos básicos de las personas” Actas Oficiales de Estudio de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución de 1980, Biblioteca del Congreso Nacional, Sesión 214ª, Tomo VI, página 923.

¹⁸⁶ Así sucedió en el caso que se destituyó mediante una acusación constitucional a un Ministro de la Corte Suprema (SCA Valparaíso Roles N° 45/1993 y 48/1993).

¹⁸⁷ Así ocurrió, de un lado, por no permitir el acceso del público a sus dependencias (SCA Valparaíso Rol N° 706/2009). Del otro, al no entregar transcripciones de las sesiones de una Comisión Investigadora (SCS Rol N° 1250/2019).

patrimoniales que han afectado a las personas¹⁸⁸. Por último, por materias relacionadas con sus funcionarios¹⁸⁹.

En segundo lugar, respecto de los jueces¹⁹⁰, se han interpuesto recursos de protección contra resoluciones de los tribunales ordinarios¹⁹¹; como contra resoluciones de jueces árbitro¹⁹².

Por último, respecto de organismos autónomos¹⁹³. Así, se han interpuesto recursos de protección contra el Tribunal Constitucional; contra el Banco Central; contra la Contraloría; contra el Ministerio Público; contra el Servicio Electoral y contra Municipios¹⁹⁴.

¹⁸⁸ Así sucedió con una persona que le cobraron intereses de una deuda universitaria (SCA Chillán Rol N° 80/2005). En este caso, también se recurrió contra la Tesorería General de la República.

¹⁸⁹ En este sentido, se han interpuesto recursos de protección, por una parte, por haber iniciado sumarios administrativos (SCS Rol N° 6930/2019). Por la otra, respecto de la renovación de funcionarios a contrata (SCS Roles N° 185934/2019; 143908/2020; 67429/2020).

¹⁹⁰ En este punto, la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución fue expresa, pues sostuvo que la acción podría comprender las acciones judiciales, *“donde naturalmente pueden tener lugar los recursos que la ley establece, lisa y llanamente atente contra el derecho de propiedad, dictando una resolución abusiva, violando el domicilio de un ciudadano cualquiera. ¿Por qué no va a poder ejercerse esta acción? No cabría ejercer otro porque no hay ni siquiera un procedimiento incoado.”* Actas Oficiales de Estudio de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución de 1980, Biblioteca del Congreso Nacional, Sesión 214ª, Tomo VI, página 924.

¹⁹¹ Así ha sucedido, por de pronto, contra la resolución que ordena la entrega material de un inmueble (SCS Rol N° 22269/1993). También, respecto del remate de un bien sin entregar debidamente la información al afectado (SCA Santiago Rol N° 75570/2015; 75567/2015). Enseguida, solicitando se deje sin efecto una orden de no innovar (SCA Santiago Rol N° 8/2018). Por último, en materia de familia, se han deducido recursos de protección, de un lado, contra resoluciones de adopción (SCA Valparaíso Rol N° 7340/2016; SCA Rancagua Rol N° 832/2016). Del otro, respecto de resoluciones que ordenan el arresto por no pago de alimentos (SCA Rancagua Rol N° 3622/2015).

¹⁹² Respecto de recursos de protección contra jueces árbitro, estas se han presentado por diversas razones. Por una parte, por establecer medidas precautorias (Revista Fallos del Mes, N° 385, página 749; SCA Santiago Rol N° 39392/2017). Enseguida, por no acoger la solicitud de nulidad de una notificación (SCA Santiago Rol N° 45/1991). Finalmente, cuando las partes han pactado una cláusula arbitral y una de ellas, posteriormente, no la ha respetado (SCA Concepción, Rol N° 11/1995).

¹⁹³ Para un breve análisis sobre el recurso de protección en el caso de los órganos autónomos, se puede consultar: Navarro, Enrique: Las acciones constitucionales económicas ante los tribunales de justicia, Ediciones Universidad Finis Terrae, 1ª edición (2018), Santiago, páginas 49 a 52.

¹⁹⁴ La Corte Suprema ha conocido una serie de recursos de protección contra órganos autónomos, sosteniendo que a pesar de que estos órganos son autónomos, su actuación debe respetar la Constitución y la ley, correspondiendo a los tribunales de justicia verificar y ejercer el control jurisdiccional de sus actos a través de las acciones contencioso administrativas que se interpongan. En primer lugar, respecto del Tribunal Constitucional, se han presentado recursos de protección contra sus sentencias (SCS Rol N° 2800/2019; 21027/2019). En esta última sentencia, la Corte Suprema señaló:

“Quinto: Atribuciones del Tribunal Constitucional. No existe ninguna duda respecto de la autonomía e independencia del Tribunal Constitucional, sin que pueda otro órgano del Estado inmiscuirse en las materias que la ley y la Constitución han puesto bajo la órbita de su competencia. Empero, aquello no significa que, por su calidad de órgano autónomo, todas sus actuaciones queden al margen de la revisión que pueda hacer la jurisdicción conforme a los procedimientos que la propia Carta Política contempla y de la cual no se le ha excluido en dicho ordenamiento, como tampoco en la Ley Orgánica Constitucional respectiva. Además, la autonomía del Tribunal Constitucional se vincula exclusivamente con el ejercicio de las facultades que le han sido expresamente conferidas por el ordenamiento jurídico, ergo, las actuaciones del órgano, llevadas a cabo al margen de las atribuciones entregadas por la ley o la Constitución, pueden ser controladas por la vía jurisdiccional mediante esta acción constitucional”.

En segundo lugar, respecto del Banco Central, se han presentado recursos de protección por negar a una sociedad el acceso al beneficio del dólar preferencial (SCS Roles N° 114/1986; 11/1996).

En tercer lugar, respecto de la Contraloría General de la República, se han interpuesto recursos de protección sobre diversos temas. Por de pronto, contra sus dictámenes (SCS Roles N° 2791/2012; 21183/2014; 434/2015). Enseguida, contra declaraciones de vacancia de sus funcionarios (SCS Rol N° 26588/2019). También contra representaciones de nombramiento de funcionarios (SCS Rol N° 133995/2020). En este último fallo, la Corte señaló:

“Cuarto: Que, atendido los contornos de la controversia, esta Corte ha señalado en reiteradas oportunidades que el recurso de protección es, por regla general, improcedente para impugnar la actuación de la Contraloría General de la República, cuando ésta ejerce una de las atribuciones primordiales que le asigna la Carta Fundamental en sus artículos 98 y 99, consistente en el control preventivo de legalidad de los actos de la Administración del Estado, toda vez que dicha potestad, refrendada a nivel legislativo en los artículos 1, 5, 6 y 10 de la Ley N°10.336, le corresponde ejercerla en forma exclusiva y excluyente, siendo del caso añadir que el Constituyente estableció que se trata de un organismo autónomo respecto de los demás poderes del Estado. En consecuencia, la acción de protección no es la vía idónea para impugnar el trámite de toma de razón de un decreto o resolución.

Lo anterior, desde luego, ha de entenderse sin perjuicio de la restricción prevista en el artículo 21 letra B del actual texto de la Ley N°10.336, de acuerdo al cual: “La Contraloría General, con motivo del control de legalidad o de las auditorías, no podrá evaluar los aspectos de mérito o conveniencia de las decisiones políticas o administrativas”, de modo que si eventualmente se infringiera el señalado precepto legal, sí resulta posible el control judicial por intermedio de esta vía cautelar de emergencia. En este orden de ideas, debe recordarse que por expreso mandato del artículo 1° inciso segundo de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado, la Contraloría General de la República forma parte de la Administración del Estado, por lo que su actuación se encuentra sometida al principio de juridicidad establecido en los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental”.

En cuarto lugar, respecto del Ministerio Público, se han presentado recursos de protección sobre diversos temas. Por de pronto, contra decisiones de este organismo (decisión de no perseverar, SCA Concepción Rol N° 4013/2014). También, contra sus actuaciones materiales (no devolver bienes incautados, SCA Arica Rol N° 98/2010; fotografiar a detenidos, SCS Rol N° 3172/2004; publicar una noticia en la página web la institución, SCS Rol N° 56232/2018). Por último, respecto a ascensos en la institución. De un lado, respecto a los procedimientos y criterios determinados por el Fiscal Nacional para ascender en la institución (SCS Roles N° 37525/2015; 9495/2016), y, del otro, por negar el ascenso a un funcionario (SCA Santiago 85861/2020).

En quinto lugar, en el caso del Servicio Electoral, se han presentado recursos de protección para, por de pronto, permitir que reos puedan votar (SCS Roles N° 87743/2016; 87748/2016; 223/2017; 4764/2017; 7203/2017; 42431/2017; 42463/2017). Enseguida, contra la designación de establecimientos como lugares de votación (SCA Concepción Rol N° 16303/2020). También, para que el Servicio corrija el domicilio electoral (SCS Roles N° 89661/2016). Por último, para recuperar la condición de ciudadano (SCA Santiago Rol 2219/1992).

En suma, la amplitud del recurso de protección permite sostener que este puede ser interpuesto respecto de cualquier persona u órgano que ejecute un acto u omisión arbitrario o ilegal. El poder constituyente derivado es un órgano del Estado que se expresa en manifestaciones de voluntad. A diferencia con lo que sucede con la regulación del proceso constituyente, no existe una norma prohibitiva, como la establecida en el art. 136 inciso 7º, que impida a los tribunales conocer de acciones, reclamos o recursos vinculados con las tareas que la Constitución le asigna a la Convención. Para las reformas a la Constitución de 1980 sigue íntegramente vigente la plenitud jurisdiccional del art. 20 de la Constitución.

Finalmente, el recurso de protección se ha extendido en cuanto a los derechos protegidos, principalmente por la amplísima interpretación que se ha hecho de los derechos fundamentales, en particular del derecho de propiedad y del derecho a la igualdad, que se han convertido en *“verdaderas cláusulas generales de contenido jurídico indeterminado, que habilitan a las personas a recurrir ante los tribunales contra cualquier acto ilegal o arbitrario que ponga en entredicho un beneficio particular”*¹⁹⁵⁻¹⁹⁶.

Por último, se han presentado recursos de protección contra Municipios, por ejemplo, por iniciar obras de construcción que afectan a vecinos (SCS Rol N° 24618/2018). En este caso, la Corte Suprema indicó:

“Cuarto: Que sin perjuicio de ello, es importante destacar que la interpretación de las normas, cuando se refieren o tienen incidencia en derechos fundamentales, corresponde efectuarla de la manera más amplia posible, en orden a permitir que el juez constitucional emita pronunciamiento sobre la materia, con mayor razón si ese plazo se ha establecido por una norma de menor jerarquía. La facultad conservadora entregada a los tribunales debe ser empleada con un criterio amplio y preferirse siempre la interpretación que tienda a resguardar las garantías, de aquélla que la impida, restrinja o condicione, pues la razón de ser de la jurisdicción constitucional de derechos es precisamente procurar la defensa del hombre de las posibles arbitrariedades que le afecten”.

¹⁹⁵ Ferrada, Juan Carlos; Bordalí, Andrés, Cazor, Kamel, El Recurso de Protección Ob. Cit., páginas 77 y 78. En el mismo sentido: Bordalí, Andrés. El recurso de protección chileno al banquillo, Revista de Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Volumen 5º, N° 27 (2011), México, página 59.

¹⁹⁶ Si bien el art. 20 señala sólo algunos derechos respecto de los cuales procedería el recurso de protección, en la actualidad, la doctrina ha extendido su aplicación respecto de derechos sociales y económicos. Así, José Luis Cea (Derecho Constitucional Chileno, Tomo II, Ediciones UC, 2º edición (2012), Santiago página 675) ha sostenido que *“nunca el ejercicio de un derecho fundamental puede, por circunstancia alguna, quedar sin amparo o protección efectiva de un órgano jurisdiccional. La tesis según la cual los derechos sociales no son derechos la reputamos, desde este punto de vista, insostenible en la democracia constitucional contemporánea. En esta, la libertad y la igualdad deben ser realidad para todos los habitantes”*.

El segundo componente que presenta el recurso de protección y que es valioso en este caso, es la amplitud del concepto de ilegalidad.

En efecto, la ilegalidad ha sido entendida de forma amplia, incluyendo no sólo las normas estatales, sino que, también, los tratados internacionales. Así lo ha sostenido la doctrina, al establecer que los tratados internacionales de derechos humanos se incorporan al catálogo de derechos fundamentales reconocidos en nuestro ordenamiento. En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de la Corte Suprema, quien, mediante recursos de protección, ha aplicado la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁹⁷; el Convenio 169 de la OIT¹⁹⁸; el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁹⁹; el Pacto de Derechos Civiles y Políticos; la Convención de Derechos del Niño²⁰⁰; e incluso respecto de tratados de libre comercio²⁰¹. Aún más, la Corte Suprema ha sostenido que debe preferirse la aplicación de estos tratados por sobre las normas del ordenamiento

¹⁹⁷ La Corte Suprema ha sostenido que, a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos, se debe garantizar, por una parte, el derecho a voto de las personas privadas de libertad (Roles N° 87743/2016; 87748/2016; 223/2017). Por la otra, se debe garantizar el acceso al agua como manifestación de la vida digna (Rol N° 72198/2019; 131140/2020).

¹⁹⁸ La Corte Suprema ha sostenido que, a la luz del Convenio 169°, la autoridad debe, de buena fe, propiciar los medios necesarios para que las Comunidades Indígenas participen efectivamente de los procesos de consulta, con toda la información necesaria, debiendo repetirse el procedimiento si esto no se cumple (Roles N° 8508/2017; 20389/2019). Enseguida, ha sostenido que la autoridad no puede establecer discriminaciones arbitrarias para que las Comunidades Indígenas obtengan su personalidad jurídica (Rol N° 153/2020). Del mismo modo, ha sostenido que la Administración debe aplicar la interpretación más favorable en lo que diga relación con los conflictos de tierras indígenas (Rol N° 76384/2020). Por último, la Corte ha sostenido que el acceso a la justicia es esencial en el caso de las Comunidades Indígenas (Rol N° 19058/2018).

¹⁹⁹ La Corte Suprema ha sostenido que, a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los menores con discapacidades especiales no pueden concurrir a establecimientos educacionales que no cuentan con las medidas necesarias para recibirlos, porque de ser así se afecta su derecho a una educación efectiva (Rol N° 6166/2009). En el mismo sentido, ha sostenido que no puede cancelarse la matrícula de un alumno de forma arbitraria (Rol N° 3015/2013). Enseguida, respecto del derecho a la salud, ha obligado al Estado a entregar medicamentos (Rol N° 9317/2009). Además, ha sostenido que la autoridad debe respetar y proteger el derecho a la maternidad, no pudiendo desvincular a las trabajadoras con fuero (Roles N° 120/2017; 31381/2019; 4415/2020).

²⁰⁰ La Corte Suprema ha aplicado este tratado en los casos de medicamentos de alto costo que no pueden ser costeados para menores de edad. La Corte ha sostenido que resulta obligatorio para el Estado dirigir sus acciones y decisiones para asegurar que ningún niño o niña sea privado del disfrute del más alto nivel respecto de prestaciones sanitarias, a fin de resguardar el derecho a la vida e integridad física y síquica (Roles N° 43.250/2017; 8523/2018; 2494/2018; 17.043/2018; 7667/2019; 38575/2019; 11195/2020; 30287/2020; 33038/2020; 92151/2020).

²⁰¹ Así ha sucedido para evitar el cobro de impuestos. En un caso ocurrió respecto del Tratado de Libre Comercio con Canadá (SCS Rol N° 375/2003). En otro, respecto del Tratado de Montevideo (SCS Roles N° 21247/1997).

jurídico interno, cuando sean más beneficiosos para salvaguardar los derechos fundamentales. En este sentido, la Corte ha sostenido:

“Décimo quinto: Que, de la manera en que se reflexiona, por razones de jerarquía normativa, de control de convencionalidad y en cumplimiento del deber de reconocimiento y protección de los derechos fundamentales que al Estado imponen la Convención de Ginebra, la Convención Americana de Derechos Humanos, y el artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política de la República, se debe concluir que tales preceptos y principios han de prevalecer frente a los artículos 6° de la Ley N° 20.430, y 8 y 32, inciso final, de su Reglamento. En consecuencia, aun cuando las órdenes de expulsión de los recurrentes son anteriores a las respectivas solicitudes de refugio y se encuentran vigentes, se debe preferir la aplicación de las disposiciones de rango constitucional, que propenden a la no devolución de los ciudadanos extranjeros que han solicitado refugio conforme al ordenamiento jurídico”²⁰².

El tercer componente del recurso de protección que es necesario resaltar para este caso, es la medida cautelar que pueden adoptar la Corte de Apelaciones respectiva y la Corte Suprema. Estas son todas las *“providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”* (art. 20). Se trata de un mandato amplio a la Corte de Apelaciones respectiva y a la Corte Suprema. Son ellas quienes deben definir la manera de configurar dicha medida. La medida cautelar en el recurso de protección resulta esencial, porque es la manera en que la Corte garantiza la vigencia del derecho vulnerado.

En este caso concreto, ello se hace particularmente evidente por el estado de indefensión al que ya nos referimos, en que se encuentran las Compañías de Seguros nacionales. Y, por el daño permanente que provoca la aplicación de la reforma. Si bien hay un año para materializar la solicitud a la Compañía por parte

²⁰² SCS Rol N° 129433/2020. En este caso, un grupo de ciudadanos extranjeros solicitó refugio, cuestión que fue denegada por la autoridad por existir órdenes de expulsión vigentes con anterioridad a estas solicitudes. A raíz de esta situación, la Corte sostuvo que se debe preferir la aplicación de las normas que favorecen a los recurrentes en sus derechos fundamentales, aunque ello no sea coherente con el derecho interno.

de los pensionados y beneficiarios, el recalcu de las reservas no es algo que produzca un efecto temporal, sino que permanente, mientras dure la renta vitalicia. La potestad cautelar de la Corte Suprema es el único mecanismo que tienen las Compañías para protegerse de los actos de un poder constituyente derivado que, sobrepasando el límite de los derechos esenciales, no se ha sujetado al mandato de respetar y promover tales derechos que están garantizados en la Constitución o en tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes. El poder constituyente derivado no está relevado del art. 5º de la Constitución. Los derechos, en la medida que estén en el listado de las fuentes que los órganos del Estado deben respetar y promover (Constitución y tratado), se garantizan respecto de todos. Ello implica que se aseguran, incluso, respecto de las decisiones del Congreso Nacional y del Presidente de la República como órgano encargado de participar en las reformas constitucionales. Como ya se indicó en otra parte de este informe, el deber de respetar y promover tales derechos, es un deber que recae en “los órganos del Estado”. Tal expresión incluye al Congreso Nacional y al Presidente de la República, como órganos a quienes la propia Constitución les encarga ejercer el poder constituyente derivado. Es la propia Constitución la que entrega, como manifestación de la soberanía del Estado, poder constituyente derivado. Pero lo hace limitado en los derechos de las personas. Estos son el límite infranqueable de una reforma constitucional.

Las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema tienen, en la potestad cautelar, el poder de asegurar la vigencia efectiva de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados, y reconocer que el poder constituyente no tiene excepciones respecto del mandato del art. 5º. Lo contrario implica entregar los derechos a la decisión de una mayoría.

En el recurso de protección que se ejerza no se está pidiendo que se declare la inconstitucionalidad de una reforma constitucional. Tampoco que esta sea derogada por la sentencia cautelar de la Corte. Lo único que se pide es que la Corte, en virtud del mandato de disponer “*las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado*”, dicte una

medida cautelar que impida el efecto vulneratorio de los derechos de las compañías que produce la Ley 21.330.

La Corte tiene potestades para ello. Se lo entrega la propia Constitución.

IV. DERECHOS VULNERADOS

La reforma constitucional de la Ley N° 21.330, afecta negativamente una serie de derechos de las Compañías de Seguro que celebraron contratos para entregar las rentas vitalicias.

1. El derecho de acceso a la justicia²⁰³

La Constitución, de modo implícito, reconoce el derecho de acudir a la justicia, llamado también derecho a la acción o derecho a la tutela judicial, en el art. 19 N° 3²⁰⁴. La razón del reconocimiento de este derecho radica en que es el presupuesto básico de las garantías de la igual protección y del ejercicio de los derechos contemplado en el art. 19 N° 3 de la Constitución. El derecho a la defensa y al racional y justo procedimiento tienen como presupuesto base el derecho de acceso a los tribunales²⁰⁵.

²⁰³ Este derecho no se encuentra directamente protegido por el recurso de protección. Sin embargo, puede ser invocado a través de otros derechos, como la igualdad ante la ley.

²⁰⁴ STC RoI N° 968/2008.

²⁰⁵ STC Roles N° 792/2008; 2042/2011; 2697/2014; 2748/2014; 2895/2015.

El mismo derecho reconoce la Convención Americana de Derechos Humanos²⁰⁶⁻²⁰⁷.

Este derecho se traduce en la posibilidad de las personas de recurrir ante un tribunal para formular una pretensión²⁰⁸. El derecho de acceso a la justicia comporta la exigencia de abrir la puerta de los tribunales a todo tipo de derechos o intereses que puedan requerir de tutela judicial²⁰⁹. El acceso efectivo a la justicia puede ser considerado hoy como el requisito más básico en un sistema legal, igualitario y moderno, que pretende garantizar, y no solamente proclamar los derechos de todos²¹⁰. De ahí que se haga operativo mediante el derecho a la acción²¹¹. Se trata

²⁰⁶ El art. 25 de la Convención indica:

“Artículo 25. Protección Judicial.

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

En materia penal, lo establece el art. 8 N° 1, que señala:

“Artículo 8. Garantías Judiciales

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”.

²⁰⁷ Acosta, Paola. El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana. Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho, 1º edición (2007); Cançado Trindade, Antonio. El derecho de acceso a la justicia internacional y las condiciones para su realización en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, en: Revista IIDH N° 37 (2003), página 53 a 83; Aguilar Cavallo, Gonzalo. Hacia un mayor acceso a la justicia en el proceso penal, Estudios Constitucionales, Año 8, N° 2, 2010, pp. 709 – 744;

²⁰⁸ El TC ha señalado que es un derecho prestacional ante el Estado para que se responda de las pretensiones de derechos e intereses legítimos que se hacen valer ante la justicia (STC Rol N° 2687/2014; 2701/2014).

²⁰⁹ Bordalí, Andrés. Derecho jurisdiccional. Ediciones Derecho Austral, Valdivia, 1º edición (2016), página 187

²¹⁰ *Ibíd.* página 191

²¹¹ STC Rol N° 968/2008.

de un derecho para recurrir ante un juez, sin estorbos, gabelas o condiciones que lo dificulten, reparen o estorben ilegítimamente²¹².

El derecho al acceso a la justicia explica la naturaleza de la acción como un derecho público subjetivo, dirigido al órgano jurisdiccional, para obtener la protección de derechos e intereses legítimos. Se trata de un derecho a la actividad jurisdiccional, un derecho a que haya un proceso, independientemente de su resultado. Implica una causa de pedir (razón o fundamento de la acción); una legitimación; y que exista la posibilidad de otorgar protección a la acción deducida²¹³.

El derecho de acceso a la justicia se separa en dos situaciones. Por una parte, en la imposibilidad de interponer la acción respectiva; y, por la otra, en sustentar esa acción a través de los medios establecidos por la ley durante todo el procedimiento²¹⁴.

El derecho de acceso a la justicia se ve eliminado en este caso en particular, por lo siguiente.

En primer lugar, porque ni durante la tramitación de la reforma constitucional, ni vigente esta reforma, se contempló un recurso específico para cuestionar el contenido de dicha reforma por parte de las Compañías de Seguros. Durante la tramitación, sólo se permite una impugnación restringida y que habilita únicamente al Presidente de la República, a la Cámara, al Senado o a una cuarta parte de parlamentarios en ejercicio. Ningún ciudadano común puede activar este mecanismo para recurrir ante el Tribunal Constitucional. El resto del ordenamiento jurídico no contempla un recurso específico directamente aplicable a la impugnación de la reforma constitucional violatoria de derechos fundamentales y tratados internacionales.

²¹² STC Rol N° 968/2008.

²¹³ Romero, Alejandro. Curso de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Thomson Reuters, Santiago (2014), página 7 y siguientes.

²¹⁴ Cofre, Leonardo. Derecho a la tutela judicial y a la asistencia jurídica, en: Contreras Pablo, Salgado Constanza, Curso de Derechos Fundamentales, Ob. Cit. página 317 a 345.

En segundo lugar, la ausencia de este acceso a la justicia provoca una indefensión, pues habiendo derechos vulnerados, estos no pueden solicitar un amparo real, es decir, un amparo oportuno que resulte eficaz para impedir la lesión de los derechos y no se limite a reparar o revertir una lesión ya producida. Además, implica una discriminación arbitraria, tutelable conforme al artículo 19 N° 2 de la Constitución, porque otros sujetos, afectados por otras normas, tienen ese acceso a la justicia.

En tercer lugar, la ausencia de este acceso a la justicia, implica que nuestro ordenamiento jurídico no garantiza una acción eficaz para la afectación de los derechos fundamentales frente al poder constituyente derivado. Con ello, no cumple el deber de respetar y promover tales derechos que le impone el art. 5 de la Constitución.

2. La igualdad ante la ley

El segundo derecho vulnerado, es la igualdad ante la ley que se encuentra consagrado en la Constitución (art. 19 N° 2)²¹⁵; y en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 24)²¹⁶.

La vulneración de la igualdad ante la ley, se produce por dos razones.

En primer lugar, por el sacrificio especial que impone la medida.

El sacrificio especial se produce cuando el Estado dispone una medida que tiene un propósito de bien común, pero ocasiona un perjuicio a un grupo reducido de

²¹⁵ El art. 19 N° 2 de la Constitución, señala:

“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

2°.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

²¹⁶ En la Convención Americana de Derechos, se indica:

“Artículo 24. Igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

personas. En el fondo, la medida particular, que afecta una categoría específica de personas, hace de cargo de ellos el beneficio que se busca crear²¹⁷.

En el caso particular, se ha buscado entregar un beneficio, producto de la pandemia, para que las personas puedan “adelantar” el pago de lo que estuvieran percibiendo por rentas vitalicias. Ese es el propósito de bien común que persigue la medida. Pero, la medida tiene un impacto en el patrimonio de las Compañías de Seguros, toda vez que las afecta en su derecho de propiedad, como veremos más adelante. Se le impone a las Compañías el sacrificio de financiar esa medida de ir en ayuda de las personas que necesitan recursos producto de la pandemia.

El sacrificio especial, al vulnerar la igualdad en las cargas públicas, es un trato discriminatorio y arbitrario, toda vez que se radica en el patrimonio de unos pocos, el costo del financiamiento de una medida que va en beneficio general.

La medida dispuesta por la reforma implica, adicionalmente, un costo para los propios pensionados y beneficiarios, en la medida que sus rentas vitalicias son reducidas de manera permanente como forma de imputación del “adelanto”.

En segundo lugar, se establece una diferencia arbitraria entre lo que sucede con el retiro de los fondos de pensiones y lo que sucede con el “adelanto” que regula respecto a las rentas vitalicias. El retiro se produce respecto de fondos de propiedad del afiliado. Esos fondos son administrados por las AFP y constituyen un patrimonio separado del propio de la administradora (art. 33, DL 3.500). En cambio, tratándose del adelanto en las rentas vitalicias, este es hecho con cargo a fondos de la Compañía de Seguro, a quién el pensionado le transfirió los fondos acumulados en su cuenta de capitalización individual, como pago de la prima del seguro que contrata. El hecho que el retiro se impute al monto mensual del pago de las futuras

²¹⁷ En el derecho francés: Paillet, Michelle. La responsabilidad administrativa. Universidad Externado de Colombia, Bogotá (2001), página 212 a 230. En España: García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Editorial Civitas, 8º edición (2002), Madrid, página 378 a 386. En Chile: Oelckers, Osvaldo, Fundamento indemnizatorio en razón del acto administrativo lícito que cause daño en el patrimonio del administrado, en: Revista de Derecho Público Nº 37 – 38 (1985), página 365 a 375.

rentas vitalicias, no elimina, el hecho que el adelanto es no con cargo a fondos propios, sino que con cargo a fondos ajenos, propios de la Compañía de Seguros.

3. El derecho de propiedad

Un tercer derecho afectado es el derecho de propiedad. Este es reconocido en el art. 19 N° 24 de la Constitución²¹⁸ y en la Convención Americana de Derechos Humanos²¹⁹.

La afectación del derecho de propiedad se produce por lo siguiente.

En primer lugar, mientras en el retiro programado la pensión se financia con el saldo que mantiene en su cuenta de capitalización individual el afiliado, el que sigue en poder de la AFP, en la renta vitalicia, en cambio, la AFP traspasa a la Compañía de Seguros los fondos de la cuenta del afiliado para pagar la prima. Por lo mismo, la

²¹⁸ El art. 19 N° 24 de la Constitución, señala:

“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

“24°.- El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.

Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales.

A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado.

La toma de posesión material del bien expropiado tendrá lugar previo pago del total de la indemnización, la que, a falta de acuerdo, será determinada provisionalmente por peritos en la forma que señale la ley. En caso de reclamo acerca de la procedencia de la expropiación, el juez podrá, con el mérito de los antecedentes que se invoquen, decretar la suspensión de la toma de posesión”.

²¹⁹ El art. 21 de la Convención dispone:

“Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”.

Compañía paga la pensión en virtud de un contrato celebrado por el pensionado con la Compañía de Seguros. La Compañía paga la pensión con sus fondos. No opera como una administradora de fondos de terceros. Por esto, el adelanto del pago, hasta por un monto equivalente al 10% del valor correspondiente a la reserva técnica, con un tope máximo de 150 UF, es una disposición sobre fondos que no son del pensionado, sino que de la Compañía de Seguros. El pensionado realiza un acto de disposición único, incondicionado, total e irrevocable de sus fondos contenidos en su cuenta de capitalización individual cuando celebra el contrato con la Compañía de Seguros. La Compañía no está obligada a rendirle cuenta de la manera en que utiliza los recursos necesarios para pagar las rentas vitalicias. Sólo debe pagarle al pensionado lo que se pactó, precisamente, por el contrato que conllevó el traspaso de fondos ya efectuado.

En segundo lugar, se afecta el derecho de propiedad porque el poder constituyente derivado altera, directamente, los efectos de un contrato en ejecución. Los beneficiarios del derecho al “adelanto”, son quienes están percibiendo la renta. Son, por tanto, quienes celebraron el contrato con la Compañía de Seguros. Los fondos que tenía el afiliado en su cuenta de capitalización individual ya fueron traspasados a la Compañía de Seguros. La norma constitucional reformula esos derechos y obligaciones, pues establece un derecho (el “adelantar” el pago), que antes no existía.

En tercer lugar, se afecta el derecho de propiedad porque la Compañía tiene que liquidar activos, asumir un costo financiero, sin recibir ninguna compensación por ello, comprometiendo la programación de equilibrio de sus finanzas. La norma constitucional aprobada no se hace cargo de ningún costo asociado a la operación de “adelanto” y reintegro. Ello debe ser asumido, íntegramente, por la Compañía de Seguros. Eso es una disposición patrimonial no compensada. La reserva técnica son fondos afectos por la Compañía de Seguros destinados a responder de cada contrato de renta vitalicia. Pero son fondos de la Compañía, no del pensionado. La reserva técnica no es una cuenta de capitalización individual, con cargo al cual se harían los adelantos. Las reservas técnicas son patrimonio de la Compañía de

Seguro. Constituye un mecanismo de gestión de riesgo que exige el ordenamiento jurídico para las Compañías. Dichas reservas se constituyen para cumplir con las obligaciones provenientes de la contratación de los seguros y reaseguros.

En cuarto lugar, la Compañía celebró el contrato de renta vitalicia sobre la base de ciertos supuestos económicos, que tienen que ver con el monto de los fondos que disponía el pensionado en su cuenta; las tablas de mortalidad, etc. Sobre esa base calculó su beneficio. Las Compañías no realizan una actividad filantrópica. Sin embargo, esa base de cálculo inicial se ve abruptamente alterada por la norma constitucional. La Compañía está obligada a cumplir el contrato, a pesar que se han alterado las bases de ese acuerdo inicial.

Finalmente, el contrato de renta vitalicia, es un contrato de largo plazo, porque la Compañía se obliga a pagar una renta mensual desde el momento en que se suscribe el contrato y hasta el fallecimiento del beneficiario, sin perjuicio de pagar las pensiones de sobrevivencia que correspondan. Al ser de largo plazo, implica una estabilidad en las reglas del juego, que alteren o modifiquen todo el proceso de inversión, rentabilidad y pago que debe hacer la Compañía de Seguro para responder a cada contrato. La medida dispuesta por el constituyente derivado es una modificación directa de un contrato en curso, que implica obligaciones de pago de rentas mensuales durante un tiempo prolongado.

V. CONCLUSIONES

1. La Ley de Reforma Constitucional N° 21.330 se publicó en el Diario Oficial el 28.04.2021. Incorporó una nueva disposición transitoria en la Constitución. A diferencia de los dos retiros de fondos previsionales anteriores, contiene normas que afectan las rentas vitalicias que administran las Compañías de Seguro.
2. La Reforma Constitucional permite, por una sola vez y de forma voluntaria, adelantar el pago de las rentas, con un tope. Dicho adelanto debe imputarse al monto mensual de las rentas vitalicias futuras de los petitionarios.
3. La norma que la Ley N° 21.330 estableció, ya se encuentra incorporada formalmente al texto de la Constitución.
4. Sin embargo, esta norma afecta derechos de las Compañías de Seguro. En primer lugar, afecta la igualdad, toda vez que con el propósito de establecer una medida general de bien común, ocasiona un perjuicio a un reducido grupo de personas, que deben soportar la medida, generando un sacrificio especial. Asimismo, a diferencia del retiro, que opera respecto de los fondos que las personas tienen en cuentas individuales en las AFP, el adelanto no es contra una cuenta de capitalización individual, sino que contra el patrimonio de la Compañía de Seguro respectiva.
5. En segundo lugar, afecta la propiedad, en razón de que el afiliado, una vez que optó por la renta vitalicia, traspasó de modo incondicionado, total e irrevocablemente, sus fondos contenidos en su cuenta de capitalización individual a una Compañía de Seguros, cuando celebró el contrato respectivo. Las reservas técnicas que establece la ley, como obligación de las Compañías, no son de propiedad del afiliado, sino que de la Compañía de Seguro. Están destinadas a administrar el riesgo de estas. Por lo mismo, el adelanto se paga con fondos de la Compañía, no del afiliado. De ahí que la norma afecte contratos en ejecución, pues establece un derecho (el de adelantar el pago) que antes no existía. Dicho contrato es de largo plazo. Asimismo, las Compañías tienen que liquidar activos y asumir un

costo financiero para responder a la obligación impuesta por la norma, sin recibir ninguna comisión por ello y comprometiendo la programación de equilibrio en sus finanzas. En este sentido, se establece una disposición patrimonial obligatoria no compensada. Además, la norma altera la base de calculo inicial de los derechos y obligaciones conforme al cual se celebró el contrato.

6. En tercer lugar, los proyectos de ley no pueden ser impugnados por los ciudadanos. Los únicos que pueden hacerlo, ante el Tribunal Constitucional, son el Presidente de la República, cualquiera de las Cámaras o una cuarta parte de sus miembros. El Ejecutivo presentó un requerimiento en este caso, cuestionando el proyecto de reforma, pero este no fue admitido a trámite por el Tribunal Constitucional. Tampoco pueden operar de modo directo los controles represivos contra normas constitucionales. Ello genera un estado de indefensión que compromete el acceso a la justicia que tienen las personas. Estas deben poder recurrir ante un tribunal para formularle una pretensión cuando una acción del Estado afecta sus derechos e intereses, requiriendo una tutela judicial. Para las Compañías de Seguro, cuyos dueños son nacionales, este estado de indefensión se profundiza, porque los que tienen dueños de otros países, con los cuales Chile tiene un tratado de protección recíproca de inversiones, pueden recurrir a instancias para reclamar la vulneración de sus derechos.

7. La disposición Quincuagésima de la Constitución fue dictada en ejercicio del poder constituyente derivado. Conforme al art. 5º de la Constitución, todos los órganos del Estado, incluido aquellos en quien está radicado dicho poder, deben *“respetar y promover” “los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”* si estos están garantizados en la Constitución o en tratados internacionales. Dicho límite se vio ratificado con las normas que regulan el proceso constituyente, pues el art. 135 de la Constitución obliga, al hacer la Nueva Constitución, a respetar los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

8. Uno de los tratados en materia de Derechos Humanos es la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Esta garantiza la igualdad ante la ley, el derecho de propiedad y el acceso a la justicia.

9. El órgano encargado de vigilar el respeto y garantía de esa Convención es la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta ha sostenido que los jueces y tribunales, de todos los países suscriptores del tratado, están obligados a ejercer el control de convencionalidad. Ello obliga a los tribunales a verificar la adecuación de las normas jurídicas internas, cualquiera que estas sean, a las disposiciones y a la jurisprudencia de esta Corte.

Dicho control se traduce en la posibilidad de inaplicar leyes por ser contrarias a los tratados, en iniciar procesos de reformas normativas o en una interpretación de los derechos consagrados en dichos tratados que sea más favorable a las personas, más protectora, o genere una mayor tutela.

10. Nuestro país fue condenado por la Corte Interamericana a modificar su Constitución como consecuencia que la censura de la producción cinematográfica que se establecía en aquella época, atentaba contra la libertad de expresión. Es el caso que se conoce con el nombre de la película afectada: La Última Tentación de Cristo.

11. El control de convencionalidad ha sido utilizado por nuestros tribunales en todo tipo de materias (civiles, penales, laborales, familia, etc.). Asimismo, ha sido utilizado en todo tipo de acciones ante los tribunales (recursos de protección, casaciones, amparos, etc.).

12. El recurso de protección, por su propia naturaleza, procede respecto de todo tipo de actos u omisiones. Nuestros tribunales han aceptado que procede respecto de actos del Presidente de la República, de actos del Congreso, de sentencias, de actos de organismos autónomos, etc. Asimismo, dentro del concepto de ilegalidad que exige para su procedencia, cabe perfectamente la contradicción con tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes. También, la Corte Suprema, por mandato constitucional, tiene una potestad cautelar amplia que le

permite dictar las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

13. Indudablemente, no se le puede pedir a la Corte Suprema que anule una norma constitucional. Tampoco que la derogue. Sólo se le puede solicitar que, en virtud de la vulneración de derechos esenciales garantizados por tratados, aplique el control de convencionalidad, restableciendo el imperio del derecho.

14. La indefensión en que deja la norma constitucional a los afectados, obliga a todos los órganos del Estado a realizar una interpretación pro persona al momento de examinar las vulneraciones a derechos en que han incurrido. La soberanía, una de cuyas manifestaciones más relevantes es el poder constituyente, reconoce como limitación el respeto a los derechos (art. 5).

15. En nada obsta a que los derechos afectados sean de una persona jurídica y no de una persona natural, dada la amplia titularidad que a los derechos reconoce la Constitución (estos se aseguran “*a todas las personas*”), a que dicha titularidad se construye sobre una base de igualdad y a que los derechos vulnerados pueden ser invocados por dichas personas jurídicas, al no ser monopólicos de las personas naturales.

16. La Constitución nació para organizar el poder desde el pueblo. Por eso, son constituciones elaboradas con amplia participación y establecen no sólo una distribución de funciones, sino que, consagran derechos. Desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano “*una sociedad en que la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de los poderes determinada, no tiene Constitución*”. De ahí que nuestra Constitución establezca que se deben respetar y promover dichos derechos. El poder constituyente derivado está limitado por los derechos garantizados en la Constitución y en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. Ello implica que no se afecten y la posibilidad de reclamar si ello se produce por las únicas instancias disponibles. El art. 5º, inciso 2º de la Constitución no es una norma programática para el

constituyente derivado. El Estado no puede invocar una norma constitucional para justificar la vulneración de derechos y el consiguiente incumplimiento de un tratado.

Carlos Carmona Santander

Profesor de Derecho Administrativo
Ex Presidente del Tribunal Constitucional

VI. BIBLIOGRAFÍA

Acosta, Paola, Zombis vs. Frankenstein: Sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno. Estudios Constitucionales, Año 14, Nº 1, 2016, pp. 15-60.

Acosta, Paola. El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana. Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho, 1º edición (2007).

Aguilar, Gonzalo. El control de convencionalidad en la era del constitucionalismo de los derechos. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Chile en el caso denominado Episodio Rudy Cárcamo Ruiz de fecha 24 mayo de 2012, en: Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Año 10, Nº 2, 2012, página 717 – 750.

Aguilar Cavallo, Gonzalo. Hacia un mayor acceso a la justicia en el proceso penal, Estudios Constitucionales, Año 8, Nº 2, 2010, pp. 709 – 744.

Aldunate, Eduardo, Derechos Fundamentales, Editorial Legal Publishing, 1º edición (2008).

Aldunate, Eduardo. La fuerza normativa de la Constitución y el sistema de fuentes del derecho, en Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XXXII, 1º semestre (2009), páginas 443 – 484.

Aros, Rodrigo. La fuerza normativa de la Constitución: un principio vinculante de la judicatura constitucional, en: Revista de Derecho Público, Vol. Nº 66, páginas 145 a 161.

Barbosa, Francisco. Los límites de la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales, en: Revista de Derecho del Estado, Nº 26, enero – junio (2011), página 107 a 135.

Bazán, Víctor. El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas. En Bazán, Víctor; Nash, Claudio. Justicia constitucional y derechos fundamentales: el control de convencionalidad, Colombia (2012) (página 17 a 55).

Benadava, Santiago. Derecho Internacional Público, Editorial Jurídica Cono Sur, 5º edición (1997).

Benavides, María Angélica. El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos, en: Revista Ius Et Praxis, Año 15, N° 1 (2017), página 295 a 310.

Benavides, María Angélica. El control de compatibilidad y el control de convencionalidad. Estudios Constitucionales, Año 15, N° 2 (2017), pp. 365-388.

Bordalí, Andrés. Derecho Jurisdiccional. Ediciones Derecho Austral, Valdivia, 1º edición (2016).

Bordalí, Andrés. El recurso de protección chileno al banquillo, Revista de Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Volumen 5º, N° 27 (2011).

Brewer Carías, Allan. El control de convencionalidad, con particular referencia a la garantía del derecho a la protección judicial mediante un recurso sencillo, rápido y efectivo de amparo de los derechos humanos, en: Allan R. Brewer-Carías y Jaime Orlando Santofimio, El control de convencionalidad y la responsabilidad del Estado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013. pp. 43-130,

Bulnes, Luz. La fuerza normativa de la Constitución, Revista Chilena de Derecho, Volumen N° 25, N° 1, (1998), página 137-142.

Cançado Trindade, Antonio. El derecho de acceso a la justicia internacional y las condiciones para su realización en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, en: Revista IIDH N° 37 (2003), página 53 a 83.

Castilla, Karlos. Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional, en: Revista de Derecho del Estado N° 33, julio – diciembre (2014), página 149 a 172.

Cea Egaña, José Luis. Sistema constitucional de Chile. Síntesis crítica, Ediciones Universidad Austral, Valdivia (1999).

Cea Egaña, José Luis. Derecho Constitucional Chileno, Tomo I, Ediciones UC, 2º edición (2008).

Cea Egaña, José Luis, Derecho Constitucional Chileno, Tomo II, Ediciones UC, 2º edición (2012).

Coddou, Alberto. Deberes generales de respetar, proteger y promover los derechos fundamentales, en: Contreras Pablo; Salgado, Constanza. Manual sobre Derechos Fundamentales, Editorial LOM, 1º edición (2017), pp. 373 – 402.

Cofre, Leonardo. Derecho a la tutela judicial y a la asistencia jurídica, en: Contreras Pablo, Salgado, Constanza, Curso de Derechos Fundamentales, Tirant Lo Blanch, Valencia (2021), página 317 a 345.

Contreras, Pablo. Titularidad de los derechos fundamentales, en: Manual sobre Derechos Fundamentales, Ediciones LOM, Santiago (2017).

Cruz Villalón, Pedro. Formación y evolución de los derechos fundamentales. Revista Española de Derecho Constitucional, Año nº 9, Nº 25, 1989, páginas 35 a 62.

Díaz de Valdés, José Manuel. Algunas preguntas pendientes acerca del control de constitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional, en: Sentencias Destacadas 2006, Instituto Libertad y Desarrollo, Santiago (2007), página 145 a 166.

De Otto, Ignacio, Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes. Editorial Ariel, 12º edición (2012).

Evans de la Cuadra, Enrique. Los Derechos Constitucionales, Tomo I, Editorial Jurídica, 3º edición (1999).

Fernández, Miguel Ángel. La fuerza normativa de la Constitución, Revista de Derecho Público, Volumen Nº 63º, página 77 – 102.

Ferrada, Juan Carlos; Bordalí, Andrés, Cazor, Kamel, El Recurso de Protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo. Revista de Derecho N° 14 (2003).

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano, en: Estudios Constitucionales, Año 9, N° 2 (2011), página 531 a 622.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. La obligación de respetar y garantizar los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en: Estudios Constitucionales, Año 10, N° 2 (2012), página 141 – 192.

Ferreres, Víctor. Una defensa del modelo europeo del control de constitucionalidad. Editorial Marcial Pons (2011).

Fuentes, Ximena. Los peligros de la globalización: nuevos desafíos para el concepto de soberanía, en: Ramírez, Mario y otros. La soberanía en el mundo actual. Ediciones LOM, Santiago (2000), página 78 a 97.

Fuentes, Ximena; Pérez, Diego. El efecto directo del derecho internacional en el derecho chileno Volumen 25, N° 2 Coquimbo (dic. 2018), página 119 a 156.

García de Enterría, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Editorial Civitas, 3º edición (1983).

García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Editorial Civitas, 8º edición (2002), Madrid, página 378 a 386.

García Pino, Gonzalo; Contreras, Pablo. Estudios sobre control de convencionalidad, Ediciones DER, 1º edición (2020).

García, Gonzalo; Contreras, Pablo. Diccionario Constitucional Chileno, Santiago (2014), Cuaderno del Tribunal Constitucional N° 55.

García Pino, Gonzalo. Contreras, Pablo, Martínez, Verónica. Diccionario Constitucional Chileno, Editorial Hueders, Santiago (2016).

Gargarella, Roberto. La justicia frente al gobierno. Barcelona, España: Editorial Ariel, (1996).

Henríquez, Miriam. La polisemia del control de convencionalidad interno, en: International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional, N° 24 (2014), página 113 a 141.

Henríquez, Miriam. El control de constitucionalidad de la reforma constitucional en el ordenamiento constitucional chileno, en: Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales (2011), página 461 a 477.

Hitters, Juan Carlos. Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos), Estudios Constitucionales, Año 13, N° 1 (2015), pp. 123-162.

Holmes, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia, en: Elster, Jon, y Rune Slagstad (comps.). Constitucionalismo y democracia, Editorial Fondo de Cultura Económica (1999), páginas 49 a 88.

Ibáñez Rivas, Juana María. Control de convencionalidad: previsiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en: Anuario de Derechos Humano N° 8 (2012), Universidad de Chile, página 103 a 113.

Íñiguez, Andrea. Los tratados internacionales sobre derechos fundamentales y el margen de apreciación. Revista de Derecho Público Iberoamericano, N° 3 (2013), páginas 75-105.

Jana, Andrés; Marín, Juan Carlos. El recurso de protección y los derechos personales emanados de contratos: Algunos aspectos relevantes, Revista de Derechos y Humanidades N° 1 (1992), página 91 a 103.

Landa, Cesar. La aplicación de los tratados internacionales en el derecho interno y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, página 319 a 347.

Larroucau, Jorge. La expansión procesal de la protección de derechos fundamentales, Revista de Derecho Privado, N° 37 (2019), páginas 249 a 282.

Llanos, Hugo, Teoría y práctica del Derecho Internacional Público. Introducción y fuentes. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, 3º edición (2005).

Martínez, José Ignacio. Auto-restricción, deferencia y margen de apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo, en: Estudios Constitucionales, Año 12º, N° 1, 2014, página 365 a 396.

Marshall, Pablo. Derecho a sufragio, en: Contreras Pablo, Salgado, Constancia, Curso de Derechos Fundamentales, Tirant Lo Blanch, Valencia (2021), página 605 a 632.

Meléndez, Felipe. El Tribunal Constitucional chileno y su rol en el control de la reforma constitucional: una atribución problemática, en: Aguilar, Gonzalo. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1º edición (2017), página 219 a 235.

Molina, Hernán. Derecho Constitucional, Editorial Lexis Nexis, 6º edición (2006), Santiago.

Mosquera, Mario; Maturana, Cristián. Los recursos procesales, Editorial Jurídica de Chile, 1º edición (2010).

Muñoz Gajardo, Sergio, “El estándar de convencionalidad y el principio pro homine”, en Nogueira Alcalá, Humberto (coord.), La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos, Editorial CECOCH y Librotecnia, 2014, Santiago, páginas 149 a 247.

Muñoz, Carlos; Facuse, Nicolás. El desarrollo jurisprudencial del concepto de amenaza como presupuesto procesal para la procedencia de la acción de protección. *Revista de Derecho Público*, Volumen N° 81, N° 2 (2014).

Nash, Claudio. Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XIX, Bogotá (2013), pp. 489 a 509.

Navarro, Enrique: *Las acciones constitucionales económicas ante los tribunales de justicia*, Ediciones Universidad Finis Terrae, 1º edición (2018).

Nieto, Alejandro. Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional, en: *Revista de Administración Pública* N° 100-102 (1983), páginas 371 a 417.

Nogueira, Humberto. *Derecho Constitucional*, Thomson Reuters, 1º edición (2013).

Nogueira Alcalá, Humberto, *La Reforma a la Constitución en: Los Derechos Fundamentales como Inspiración y Marco del Cambio Constitucional*, en: Aguilar, Gonzalo. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1º edición (2017), página 191 a 218.

Nogueira, Humberto, *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, Editorial Librotecnia, 2º edición (2008).

Nogueira, Humberto. Consideraciones sobre el poder constituyente y la reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional, en: *Ius Et Praxis*, Año 15, N° 1, página 229 a 262.

Núñez, Constanza. *Control de convencionalidad: teoría y aplicación en Chile*, Memoria, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago (2014).

Núñez, Manuel. Titularidad y sujetos pasivos de los derechos fundamentales, en: *Revista de Derecho Público*, Vol. 63 N° 1.

Oelckers, Osvaldo, Fundamento indemnizatorio en razón del acto administrativo lícito que cause daño en el patrimonio del administrado, en: Revista de Derecho Público N° 37 – 38 (1985), página 365 a 375.

Olano, Hernán. Teoría del control de convencionalidad, en: Estudios Constitucionales, Año 14º, N° 1 (2016), páginas 61 a 94.

Olave, Cristián. Recurso de Protección, Editorial Jurídica Cono Sur, 2º edición (1998).

Otero, Jorge; Errazuriz, Juan Manuel, Aspectos procesales del recurso de protección, Editorial Jurídica de Chile, 1º edición (1989).

Paillas, Enrique, El Recurso de Protección ante el Derecho Comparado, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, (1977).

Paillet, Michelle. La responsabilidad administrativa. Universidad Externado de Colombia, Bogotá (2001), pp. 212 a 230.

Pastor Ridruejo, José. Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones internacionales, Editorial Tecnos, 8º edición (2001).

Pinochet, Francisco. El recurso de protección, Editorial El Jurista, 1º edición (2016).

Polakiewicz, Jorg. El proceso histórico de la implantación de los derechos fundamentales en Alemania. Revista de Estudios Políticos. N° 81, 1993, pp. 23-46.

Quinche, Manuel. El control de convencionalidad y el sistema colombiano, en: Revista Interamericana de Derecho Procesal Constitucional, N° 12, julio – diciembre (2009), página 163 a 189.

Romero, Alejandro. Curso de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Thomson Reuters, Santiago (2014).

Romero Seguel, Alejandro, Notas sobre la cosa juzgada en el recurso de protección, en: Revista Chilena de Derecho. Vol. 26 N° 2 (1999), pp. 503-515.

Rubio Llorente, Francisco. La Constitución como fuente de derecho, en: Carbonell, Miguel (Compilador). Teoría de la Constitución: Ensayos Escogidos. Editorial Porrúa, 1º edición (2008), México, página 155 a 176.

Sagües, Néstor. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad, en: Revista de Estudios Constitucionales, Año 8º N° 1 (2010), página 117 a 136.

Silva Bascuñán, Alejandro, Tratado de Derecho Constitucional, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2º edición (1997).

Silva Bascuñán, Alejandro, Tratado de Derecho Constitucional, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, 2º edición (1997).

Silva Bascuñán, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional, Tomo X, Editorial Jurídica, Santiago (2004).

Silva Bascuñán, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional, Tomo XI, Editorial Jurídica de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2º edición (2006).

Silva, Luis Alejandro. La supremacía constitucional: fundamento y límite de su garantía por el Tribunal Constitucional, en: Anuario de Derecho Público N° 1 (2012), Universidad Diego Portales, páginas 615 a 629.

Soto Kloss, Eduardo. El recurso de protección. Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia, Editorial Jurídica de Chile, 1º edición (1982).

Ugalde, Rodrigo; Varela, Jorge. El recurso de protección en materia tributaria, Editorial Jurídica Cono Sur, 1º edición (1993).

Vassel, Johann. El margen de apreciación como elemento clave en el Derecho Constitucional Europeo, en: ReDCE, Año VI, N° 11, enero – junio (2009), página 189 a 208.

Verdugo, Mario; Pfeffer, Emilio; Nogueira, Humberto. Derecho Constitucional Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2º edición (2005).

Vivanco, Ángela. Curso de Derecho Constitucional, Tomo I, Ediciones UC, 1º edición (2002).

Vivanco, Ángela. Curso de Derecho Constitucional, Tomo II, Ediciones UC, 1º edición (2006).

Zapata, Patricio. Justicia constitucional, Editorial Jurídica, 1º edición (2008) Santiago.

Zúñiga Francisco. ¿Son los derechos fundamentales límites para el poder constituyente de la nueva Constitución chilena?, en: Los Derechos Fundamentales como Inspiración y Marco del Cambio Constitucional, en: Aguilar, Gonzalo. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1º edición (2017), página 237 a 290.

Zúñiga, Francisco; Perramont, Alfonso. Acciones Constitucionales, Editorial Lexis Nexis, 1º edición (2003).

Zúñiga, Francisco. Sentencia de la Excma. Corte Suprema de Justicia que acoge recurso de protección de venezolanos Leopoldo López y Daniel Ceballos, Revista de Derecho Público, Volumen 83, 2º semestre (2015), páginas 167 a 181.

Zúñiga, Francisco. Control de constitucionalidad de la reforma constitucional, en: Estudios Constitucionales, Año 4, N° 2, 2006, página 415 a 433.