

## El control constitucional de los poderes públicos en el ordenamiento jurídico chileno y el rol de los derechos fundamentales como parámetro de control\*

DR. JUAN CARLOS FERRADA BÓRQUEZ\*\*

### Introducción

En primer lugar, quisiera felicitar y agradecer muy sinceramente al Centro de Alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Felicitarlos por este notable *Congreso Estudiantil de Derecho y Teoría Constitucional*, que refleja un compromiso y una dedicación por la actividad académica que mucho deseáramos de nuestros propios compañeros profesores. En segundo lugar, quisiera agradecerles por la invitación a participar de este evento —invitación que por cierto considero un honor—, permitiendo plantear mis puntos de vistas en esta materia tan compleja de la “Democracia y Control Constitucional”.

Como el propio tema del panel lo plantea —“Democracia y Control Constitucional”—, se nos invita a reflexionar sobre las vinculaciones entre aquella forma de gobierno cuyo principio básico —no único, por cierto— es la regla del gobierno de la mayoría y los instrumentos de control que operan en un Estado constitucional de Derecho, entendido estos últimos en su dimensión francesa de inspección, fiscalización, intervención y no de dominio o preponderancia<sup>1</sup>. Ahora bien, el control así entendido, en un Estado democrático de Derecho, tiene una dimensión amplísima, en la que participan órganos de distinta naturaleza del sistema, verificando éstos la regularidad en el ejercicio del poder público, de acuerdo a una regla preestablecida, haciendo efectivo principio de frenos y contrapesos que caracteriza a los Estados democráticos. Ello pondrá en relación dos conceptos o características predicadas de los Estados constitucionales modernos y estrechamente vinculadas aunque distintos: Estado democrático y Estado de Derecho. De la forma como este binomio juega en un ordenamiento o sistema jurídico determinado, dependerá de los instrumentos de control dispuestos para el control del ejercicio del poder y cómo ellos condicionarán el ejercicio de dichas potestades públicas.

No obstante —como salta a la vista—, la amplitud del tema enunciado excedería con creces el tiempo destinado a esta exposición y —aún quizás la capacidad del expositor para abordar con propiedad esta materia—, abusando gratuitamente de la audiencia aquí convocada. De este modo, esta exposición se concentrará en dos aspectos concretos relacionados con el sistema de control en un Estado democráti-

\* El trabajo aquí expuesto toma, en lo medular, algunos materiales y conclusiones preliminares obtenidas en el marco del proyecto Fondecyt N°1030316 titulado “El Recurso de Protección como instrumento de control jurisdiccional de la Administración del Estado”, del que el autor es el investigador principal. Una versión de este trabajo fue publicada en FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, “Los derechos fundamentales y el control constitucional”, *REV. Derecho* (Valdivia), dic. 2004, vol. 17, pp. 113-137.

\*\* Profesor FACULTAD DE DERECHO Universidad Austral de Chile

<sup>1</sup> Rubio Llorente, F. *La forma del poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 206-207.

co: por un lado, abordará algunos aspectos del sistema integral de control constitucional vigente en nuestro ordenamiento jurídico; y, por otro, en forma más específica, el control constitucional que realizan los tribunales de justicia, a partir de la tutela de los derechos fundamentales de las personas mediante el denominado Recurso de Protección. A ello, añadiremos algunas breves precisiones iniciales acerca de la relación entre Estado democrático y el Estado de Derecho desde una perspectiva doctrinal, tratando de precisar el rol del control en este tipo de Estados y, en particular, del control constitucional.

### Algunas precisiones iniciales.

#### *Estado democrático y Estado de Derecho*

Como ya se señaló, es usual encontrar en algunos textos jurídicos una cierta confusión terminológica entre los conceptos de “Estado democrático” y “Estado de Derecho”. Aún más, se sostiene —probablemente como consecuencia de una cierta consolidación conjunta de ambos en los modernos Estados constitucionales— que estos conceptos se encuentran indisolublemente unidos, negando la existencia separada de ambos<sup>2</sup>. Aún más, algunos llegan a sostener que a partir de la una cláusula democrática general dispuesta en una norma jurídica se podría deducir una serie de principios y reglas que configuran el Estado de Derecho, estableciendo obligaciones positivas sobre la actividad estatal e imponiendo consecuencias jurídicas de su actividad o inactividad en contrario<sup>3</sup>.

No obstante, como lo sostiene acertadamente Ferrajoli<sup>4</sup>, un análisis histórico de ambos conceptos, deja en evidencia que éstos no surgen ni se desarrollan simultáneamente sino, por el contrario, su vinculación es bastante reciente y no necesariamente coincidente. En este sentido, la doctrina más autorizada señala que la democracia o el Estado democrático es una respuesta concreta a la interrogante de quién es el portador y el titular del poder que ejerce el dominio estatal; por el contrario el Estado de Derecho viene a responder la cuestión del contenido, ámbito y modo de proceder de la actividad estatal. En otras palabras, la democracia apunta a la forma de generación y legitimación de los órganos estatales —como principio configurador de carácter orgánico y formal—, en cambio el Estado de Derecho se refiere a la limitación y vinculación del poder estatal —como principio configurador de naturaleza material y procedimental—, con el fin de garantizar la libertad individual y social<sup>5</sup>.

Tal diferenciación no implica, por cierto, que dichos conceptos no puedan estar en la actualidad estrechamente vinculados o no exista —en palabras de Böckenförde<sup>6</sup>— una cierta “afinidad limitada” entre ellos. Pero ésta surgirá de la conjunción más actual de ciertos valores fundamentales del sistema

<sup>2</sup> Ferrajoli, L. *Derecho y Razón*, Editorial Trotta, Madrid, 5ª edición, 2001, pp. 855 y ss.

<sup>3</sup> Así el profesor Soto Kloss sostiene, por ejemplo, que de acuerdo a lo dispuesto por la Constitución (Art. 4º), una de las bases esenciales de la institucionalidad chilena sería el carácter republicano de su gobierno. Esto implica, según el autor —haciendo una referencia histórica al concepto—, “un régimen jurídico institucionalizado, contrapuesto a monarquía, es decir, *donde todas las autoridades son responsables, esto es, responden en el Derecho y dan cuenta de sus actos y conductas; en otros términos, donde no hay sujetos fuera del Derecho*” (las cursivas son mías).

<sup>4</sup> Ferrajoli, L. *Derecho y razón*, *Op. cit.*, pp. 857-862.

<sup>5</sup> Por todos, Böckenförde, E. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2000, p. 119.

<sup>6</sup> *Ídem*, *Op. cit.*, p. 120.

jurídico —en particular, la libertad, al menos en las democracias liberales actualmente vigentes—, que con su resguardo y garantía estructurarán y legitimarán el ejercicio mismo del poder, confluyendo a resguardar —aunque con finalidades— la mayor realización de los ciudadanos. Así se garantizarán en el ordenamiento jurídico derechos disímiles pero complementarios como los relativos a la libertad democrática o de participación democrática (libertades de opinión, prensa, reunión y asociación) y derechos individuales de libertad (libertad ambulatoria, seguridad individual, garantías procesales y penales), los que en su conjunto conforman un contenido unitario de los derechos de libertad en un Estado democrático y de Derecho<sup>7</sup>.

### *El control en los Estados democráticos de Derecho*

A la vinculación antes señalada contribuye también la existencia de mecanismos de control que hagan efectivo los principios y valores antes señalados, más aún cuando se considera a éstos como uno de los elementos que permite definir ambos, aunque —como ya sabemos— desde perspectivas diferentes. El control, desde una perspectiva conceptual, no es más que la actividad de «comprobación, inspección, fiscalización, intervención»<sup>8</sup>, lo que en el ámbito jurídico se expresaría en «un acto o procedimiento por medio del cual una persona o un órgano debidamente autorizado para ello, examina o fiscaliza un acto realizado por otra persona u órgano, a fin de verificar si en la preparación y cumplimiento de dicho acto se han observado todos los requisitos que exige la ley (en sentido lato)»<sup>9</sup>. Así, el control no es más que el vehículo efectivo de la limitación del poder, considerando, dentro de éste, a todas las formas e instrumentos que posee el sistema político y jurídico para supervisar el ejercicio de los poderes públicos<sup>10</sup>, sea que éste se expresa en actos o normas, entendiendo que estas últimas son una expresión precisamente de su actividad jurídica.

De lo ya expuesto, queda en evidencia que la existencia de un Estado democrático y de Derecho supone, por su naturaleza, la configuración de unos órganos estatales dotados de poderes jurídicos de decisión en un ámbito acotado de competencias, lo que conlleva la creación de una serie de mecanismos de control que cautelen el correcto ejercicio de esas potestades. Ello derivaría, en primer lugar, de la propia configuración institucional de las potestades públicas en un Estado democrático de Derecho, entendiendo éstas como poderes jurídicos finalizados (poderes-deberes), donde su ejercicio debe enmarcarse, a los principios esenciales sobre los que descansa el ordenamiento jurídico y, además, a las normas constitucionales e infraconstitucionales que delimitan sus competencias y garantizan los derechos fundamentales de los ciudadanos<sup>11</sup>. En este sentido, el control no es más que el correlato necesario de las obligaciones que impone el ordenamiento a los poderes públicos y la exorbitancia de sus prerrogativas.

Así, en la medida que existan en el ordenamiento instrumentos a través de los cuales se fiscalice el correcto ejercicio de las potestades públicas de los órganos constitucionales del Estado y que garanticen la efectiva vigencia de los valores proclamados en el ordenamiento, estaremos ante un sistema de control

<sup>7</sup> *Ídem*, pp. 121 y 126.

<sup>8</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, vigésima primera edición, 1992.

<sup>9</sup> Fernández, E. *Diccionario de derecho público*, Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 101.

<sup>10</sup> Aragón, M. *Constitución y control del poder*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, p. 69.

<sup>11</sup> Por todos, Parejo, L; Jiménez, A. y Ortega, L. *Manual de Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 43 y ss.

que contribuye a la consolidación del Estado democrático. Asimismo, si además se fijan límites y restricciones a las decisiones de las mayorías políticas que se originan en ese Estado democrático, estableciéndose instrumentos concretos de control (o tutela judicial, más propiamente hablando) de sus decisiones, utilizando como parámetros la legalidad formal vigente —que vincula positivamente la actividad de los órganos del Estado, condicionando el ejercicio de sus potestades— y los derechos fundamentales de las personas, como mínimos de libertad garantizados y proscritos para la acción estatal, se estará configurando un Estado de Derecho.

### *El control constitucional*

En el contexto antes descrito, el control constitucional aparece como un tipo específico de control que se caracteriza más que por la actividad misma, por el parámetro de verificación utilizado —las normas constitucionales— y, como consecuencia de ello, de los criterios utilizados para la interpretación adecuada de éste y de los órganos constitucionalmente habilitados para ello.

Así, en cuanto a lo primero —el contenido mismo de las normas constitucionales—, éstas, como se sabe, tienen densidades normativas diversas, lo que hace que junto a disposiciones orgánicas y funcionales de contenido específico, convivan normas sustanciales o dogmáticas de mayor amplitud y alcance y, aún, normas generales y abstractas en que se definen los valores y principios que informan el ordenamiento jurídico en su conjunto<sup>12</sup>. De este modo, junto a normas constitucionales que señalan específicamente los requisitos, calidades y forma de designación de ciertas autoridades y funcionarios públicos, composición y atribuciones de los órganos constitucionales o de relevancia constitucional y, aún, las reglas básicas de funcionamiento regular de éstos —como sería en nuestro caso, las normas relativas al Presidente de la República, Ministros de Estado, Diputados y Senadores, Congreso Nacional, Tribunal Constitucional, Consejo de Seguridad Nacional, Banco Central, etc.,—, encontramos preceptos que reconocen y delimitan una serie de derechos de que gozan todas las personas en carácter de inviolables —catálogo de derechos señalados en el Art.19 CPR, sin perjuicio de los demás derechos de este tipo que se incorporen a nuestro ordenamiento jurídico en virtud de la apertura a los tratados internacionales en esta materia que hace el Art.5º de nuestra Carta—, y disposiciones generales que establecen bases esenciales sobre los que se construye todo el sistema político y legitiman la existencia misma del Estado —normas del Capítulo I relativo a las denominadas Bases de la Institucionalidad—.

Precisamente estas dos últimas son las que marcan la constante de los enunciados constitucionales, lo que hace que el operador jurídico se encuentre ante normas generales y abstractas que admiten diversas interpretaciones<sup>13</sup>, y que permiten justamente al legislador —dentro del marco constitucional— ejercer, lo que la doctrina y la jurisprudencia constitucional alemana denomina “la libertad de configuración normativa”, y que permite a aquel su función de desarrollo de la Constitución y no de ejecución de ésta<sup>14</sup>. Esta libertad política del legislador para determinar el contenido específico de sus normas, no

---

<sup>12</sup> Ver, en este sentido, Parejo, L. *Manual de Derecho Administrativo*, *Op. cit.*, p. 110.

<sup>13</sup> “Ambigüedad” y “vaguez” como aspectos esenciales que contribuirán a la indeterminación del texto constitucional dirá Ferreres Comella, V., en *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 19-24.

<sup>14</sup> Rubio, F. *La forma del poder*, *Op. cit.*, p. 585

implica, evidentemente, atribuir al legislador un poder discrecional para determinar sus contenidos normativos<sup>15</sup>, ni menos imputar a los preceptos constitucionales una entidad vagorosa de escasa densidad normativa<sup>16</sup>, sino un reconocimiento a la libertad política de aquel para optar entre distintas opciones igualmente admisibles constitucionalmente, en el marco que le dirigen y limitan éstas.

La amplitud y flexibilidad normativa e interpretativa antes señalada se ve complementada por dos factores adicionales: el reconocimiento del carácter eminentemente político que ostenta la Carta Fundamental<sup>17</sup>, donde las opciones de política institucional que hace el constituyente deben entenderse de modo flexible, adaptadas y adaptables a la realidad social de cada momento, ajustándose así a los requerimientos que plantea la comunidad política que pretende regular<sup>18</sup>. En este sentido es usual que los operadores del sistema político incorporen conceptos metajurídicos o, al menos, no estrictamente normativos en la interpretación de las normas constitucionales, lo que precisamente permite la vigencia de éstas a lo largo del tiempo, realizándose —en palabras de Häberle— una verdadera mutación constitucional a través de la interpretación<sup>19</sup>.

Un segundo factor que contribuye a esta apertura en la interpretación jurídica constitucional es el carácter relativamente “moralista” que presentan los textos constitucionales surgidos con posterioridad a la segunda guerra mundial, en el sentido de que encarnan un consenso social acerca de ciertos valores y principios que fundamentan la existencia misma del Estado y su posterior actividad<sup>20</sup>. Esto supone que el texto constitucional contiene —en palabras de Alexy<sup>21</sup>, aunque referidas estrictamente a los derechos fundamentales— una serie de normas-principios que enuncian aspiraciones de la comunidad política que deben guiar la actuación de los poderes públicos, los que corresponde al intérprete —normalmente el legislador, en primera instancia— determinar su sentido y alcance en un momento determinado.

De este modo, es evidente que el control constitucional aparece como una actividad bastante más compleja, ya que el parámetro de verificación que se debe utilizar para el ejercicio de esta actividad de control es bastante más impreciso que el ordinario, lo que requiere de un proceso de interpretación más amplio que la mera aplicación literal del precepto o de la derivación de consecuencias jurídicas causales normativas a la mera constatación de un hecho que las anteceden y que le sirven de fundamento a su aplicación. De ahí la opinión muy extendida en la doctrina y la jurisprudencia constitucional mayoritaria, acerca de la poca utilidad de los métodos clásicos de interpretación contenidos en los códigos liberales

<sup>15</sup> García de Enterría, E. y Fernández, T. R. *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1996 (7ª edición), p. 117.

<sup>16</sup> Parejo, L.; Jiménez, A. y Ortega, L. *Manual de Derecho Administrativo*, *Op. cit.*, p. 110.

<sup>17</sup> Como sostiene Triepel “el Derecho Público no tiene absolutamente otro objeto que lo político”. Y más adelante, agrega que toda la investigación jurídica y debate doctrinal en Alemania sólo puede entender a partir de esta afirmación, lo que supone entender a la Constitución como una declaración política, además de norma jurídica. Triepel, H. *Derecho público y política*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1986, pp. 42-43.

<sup>18</sup> En este sentido, Häberle plantea que la teoría constitucional debe entenderse actualmente como “ciencia jurídica de los textos y la cultura”, donde la comunidad política, a través de sus usos y prácticas determina los alcances y contenido del texto constitucional, más allá incluso de su letra. Häberle, P. *El Estado constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, pp. 3-6, 83 y 149 y ss.

<sup>19</sup> Como señala Häberle, “la mutación constitucional a través de la interpretación, es decir, sin modificación expresa del texto de la Constitución, se produce de manera relativamente discreta y sin formalización. Por la sola vía de la interpretación, ya sea de los tribunales, la de práctica estatal, la de la opinión pública o la doctrina, o como producto de la combinación de ellas, es que una norma constitucional puede adquirir un significado nuevo o diferente”. Häberle, P. *El Estado constitucional*, *Op. cit.*, pp. 62-63

<sup>20</sup> Ver, Prieto Sanchís, L. *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 1999, p. 62.

<sup>21</sup> Alexy, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 81 y ss.

decimonónicos, ya que éstos parten de supuestos, conflictos y reglas diametralmente distintas de las que se abordan en los textos constitucionales actualmente vigentes y persiguen finalidades diversas de los previstos en una Carta Fundamental<sup>22</sup>. No obstante, esta postura debe tomarse con cautela, ya que ello puede llevar al abandono absoluto de reglas de interpretación, derivando así a decisiones arbitrarias del intérprete constitucional.

## El sistema de control constitucional en el ordenamiento jurídico chileno

### *La pluralidad de órganos de control constitucional*

Desde la perspectiva amplia de control constitucional antes esbozada, existen en nuestro ordenamiento jurídico una pluralidad de órganos que ejercen control constitucional de los actos o normas emanados de órganos y autoridades del Estado, ya sea en el plano político, administrativo o jurisdiccional, aunque siempre teniendo a la norma constitucional como parámetro del control realizado<sup>23</sup>. Desde esta perspectiva, el control que se realiza es siempre jurídico —en los términos estrictos del término<sup>24</sup>—, en la medida que tiene como regla preestablecida de verificación o comprobación a la norma constitucional, careciendo el órgano controlador de la potestad para crear criterios propios y específicos para cada caso, no obstante las valoraciones y alcances que haga en el proceso mismo de control.

Así, cada uno de los órganos que participan de esta actividad de control constitucional tiene atribuida una actividad fiscalizadora o de inspección propia, aunque desde perspectivas distintas, atendida la actividad principal que desarrolla dentro del ordenamiento jurídico y las responsabilidades que desea establecer en el ejercicio de la misma<sup>25</sup>. Ello permite la concurrencia de distintos controles constitucionales sobre un mismo acto, ejercido por distintos órganos y aún con valoraciones y soluciones diametralmente opuestas, pero que responden a la perspectiva institucional desde la cual se ejerce esta actividad de control.

<sup>22</sup> Rubio, F. *La forma del poder*, Op. cit., p. 588. En el ámbito nacional, citando doctrina de nuestro propio Tribunal Constitucional (STC 325/2001), Zapata, P. *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Parte general*, Biblioteca Americana, Santiago, 2002, p. 26.

<sup>23</sup> Ver, Gómez, G. "Algunas ideas críticas sobre la jurisdicción constitucional en Chile", en *La jurisdicción Constitucional Chilena ante la Reforma*, Cuadernos de Análisis Jurídico N°41, Universidad Diego Portales, mayo 1999,

<sup>24</sup> En este sentido, sigo la caracterización de Rubio Llorente del control jurídico, en oposición al control político. El citado profesor señala en este sentido que "el control jurídico no existe dominio ni superioridad del órgano controlante sobre el controlado, pues aquél carece de criterio o voluntad propios. Sus decisiones, que por eso han de ser motivadas, no hacen otra cosa que aplicar al caso concreto la regla preestablecida (en principio al menos, formulada siempre en forma general y abstracta) y no operan sobre la existencia del órgano controlado, sino simplemente sobre los resultados de su actuación". Rubio, F. *La forma del poder*, Op. cit., p. 208.

<sup>25</sup> Sobre los alcances de esta clasificación de la actividad de control y sus efectos, ver Aragón, M. *Constitución y control del poder*, Op. cit., pp. 82 y ss. En análogo sentido en nuestra doctrina, aunque distinguiendo algunas subcategorías, Urzúa, G. *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pp. 323 y ss.

*El control de constitucionalidad por los órganos políticos*

En el campo político, el control normalmente lo desarrollan los órganos que ostentan facultades de fiscalización política o de mérito dentro del sistema y que se encuentran, al menos en el caso concreto, en un plano de supremacía respecto de los órganos controlados, lo que les permite confrontar la actividad política de las autoridades u órganos controlados, imponiendo el reproche o sanción que el ordenamiento establece en cada caso<sup>26</sup>. Así, en nuestro sistema constitucional, el control político, como se sabe, está radicado en órganos nacionales, regionales y locales, en el ámbito de competencia que les corresponde en cada caso. De este modo, ejercen este control el Presidente de la República y sus colaboradores y agentes directos e inmediatos del más alto nivel —Ministros de Estado, subsecretarios, intendentes y gobernadores— en relación a las políticas, planes y programas que desarrollan los órganos administrativos nacionales y la Cámara de Diputados y el Senado respecto de aquellos; los consejos regionales en relación a la actividad del intendente como órgano ejecutivo del gobierno regional; y los consejos comunales, en relación a la labor del alcalde y de las unidades y servicios administrativos dependientes de éste<sup>27</sup>.

No obstante, el control estrictamente constitucional en sede política está radicado en nuestro sistema, como se sabe, exclusivamente en el Senado (Art.49 N°1 CPR), aunque previa iniciativa de la Cámara de Diputados (Art.48 N°2 CPR). En efecto es a la Cámara Alta a la que le corresponde evaluar en nuestro sistema político el cumplimiento o no de los cometidos constitucionales específicamente establecidos para las más altas autoridades de la República o la verificación de la comisión de los ilícitos que la misma Constitución establece, disponiendo su destitución en el caso que se acredite su infracción o autoría. Así, en el caso del Presidente de la República, los Ministros de Estado e intendentes y gobernadores, la Constitución establece expresamente que su infracción —grave o no, según el caso— de estos deberes constitucionales o la comisión de ciertos ilícitos acarreará la destitución inmediata del funcionario y la inhabilidad temporal consiguiente, sin perjuicio de la eventuales responsabilidades civiles y penales que fueren procedentes, las que corresponderá establecer a los tribunales de justicia. Algo similar ocurre en el caso de los magistrados de los tribunales superiores de justicia, Contralor General de la República, generales y almirantes, aunque en la especie no se establece como causal específica una infracción a la Constitución, sino una falta grave o notable, según el caso, a sus deberes funcionarios, los que obviamente deben tener como parámetro primario y básico las obligaciones que le impone la Carta Fundamental, pero también los señalados en la normativa infraconstitucional de desarrollo.

Así, como queda en evidencia, el control que realiza el Senado en este caso es un verdadero “juicio” al comportamiento de las autoridades que allí se señalan —“juicio político” dirá la doctrina—, en base a la regla jurídica establecida en la Constitución, lo que generará alguna discusión doctrinal acerca de la naturaleza jurídica o política de este control<sup>28</sup>. Sin entrar en profundidad en esta polémica —que excede por cierto los objetivos de este trabajo—, baste decir por ahora que, de acuerdo a lo señalado anterior-

<sup>26</sup> Aragón, M. *Constitución y control del poder*, *Op. cit.* p. 82.

<sup>27</sup> Ver, Ferrada, J.C. “El principio de control en la Administración del Estado”, en *La Administración del Estado de Chile. Decenio 1990-2000*, Editorial Conosur, Santiago, 2000, pp. 601-607 y más específicamente en el ámbito del control político “La reforma constitucional a la fiscalización parlamentaria en la Constitución de 1980: un análisis preliminar”, en *Ius et Praxis*, año 8, N°1, 2002, pp. 461 y ss.

<sup>28</sup> Sobre los orígenes de esta institución y su inclusión en nuestro ordenamiento jurídico, tomando como modelo el sistema norteamericano y sus diferencias con el sistema inglés del que precede, ver Silva Bascuñan, A. *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo VI Congreso Nacional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000 (2ª edición), p. 200.

mente —y la práctica seguida por el propio Senado—, parece evidente el carácter jurídico del control realizado por dicha Cámara, sin perjuicio de reconocer la dimensión política del mismo<sup>29</sup>, atendido el órgano que lo realiza. Esto no supone, eso sí, reconocer —como lo ha hecho la mayoría de la doctrina nacional— carácter jurisdiccional a este mecanismo de control, lo que —a mi juicio— parece incompatible con la naturaleza del órgano que realiza esta función<sup>30</sup>.

Asimismo, también se considera una especie de control constitucional, la actividad del Senado de resolución de contiendas de competencia entre autoridades políticas y/o administrativas y los tribunales superiores de justicia (Art.49 N°3)<sup>31</sup>, particularmente esto sería admisible cuando esa contienda tiene como base una interpretación disímil del texto constitucional que atribuye competencias a distintos órganos del Estado. Esta potestad, que es atribuida por primera vez en nuestro ordenamiento al Senado en la Constitución de 1925 al suprimirse el Consejo de Estado<sup>32</sup>, ha sido ejercido en relativamente pocas ocasiones por la Cámara Alta, concentrándose en la última década en la resolución de contiendas de competencia entre las Cortes de Apelaciones y Suprema con los Contralores Regionales y General de la República, a propósito de la revisión jurisdiccional de la negativa a “tomar razón” de algunos decretos supremos, manteniendo un criterio uniforme al respecto<sup>33</sup>.

Como se puede apreciar, en este tipo de control un órgano eminentemente político, de representación popular —aunque seriamente distorsionado en el caso chileno por la incorporación de senadores designados y vitalicios (Art.45 CPR)—, realiza el control constitucional de otros órganos constitucionales de naturaleza representativa —Presidente de la República— o burocrático —ministros de Estado, generales, almirantes, jueces y Contralor General de la República—, haciendo efectivo el principio de pesos y contrapesos que caracteriza a los Estados democráticos. Así, el control constitucional deja de tener un carácter exclusivamente jurisdiccional, para también expresarse desde una perspectiva política, complemento indispensable de la regla del gobierno de mayorías en los modernos regímenes de gobierno.

### *El control de constitucionalidad en sede administrativa*

Junto al control de constitucionalidad antes descrito, existe en nuestro ordenamiento jurídico un control jurídico en sede administrativo, el que está radicado en la Contraloría General de la República.

<sup>29</sup> En este punto, es oportuno traer a colación las palabras de Hamilton acerca de esta materia, en momentos en que se discutía la Constitución de Estados Unidos: “Un tribunal bien constituido para los procesos de los funcionarios, es un objeto no menos deseable que difícil de obtener en un gobierno totalmente electivo. Su jurisdicción comprende aquellos delitos que proceden de la conducta indebida de los hombres públicos o, en otras palabras, del abuso o violación de un cargo público. Poseen una naturaleza que puede correctamente denominarse política, ya que se relacionan sobre todo con daños causados de manera inmediata a la sociedad” (la cursiva es mía). Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J. *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 277.

<sup>30</sup> Sobre la interpretación restrictiva que debe darse a la actividad jurisdiccional, ver Bordalí, A y Ferrada, JC. “Las facultades juzgadoras de la Administración: una involución en relación al principio clásico de la división de poderes”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XIII, diciembre 2002, pp. 187 y ss.

<sup>31</sup> Ver, Gómez, G. “Algunas ideas críticas sobre la jurisdicción constitucional en Chile”, *Op. cit.*, p. 94.

<sup>32</sup> Brofman, A; De la Fuente, F. y Parada, F. *El Congreso Nacional. Estudio constitucional, legal y reglamentario*, Centro de Estudios y Asistencia Legislativa, Valparaíso, 1993, pp. 225-229.

<sup>33</sup> Sobre los pronunciamientos del Senado, a propósito de las contiendas de competencia generadas entre el Contralor General de la República y los tribunales superiores de justicia, ver Ferrada, JC. “El principio de control en la Administración del Estado”, *Op. cit.*, pp. 624-625.



Este órgano administrativo, de naturaleza autónoma y que tiene como una de sus funciones principales velar por la juridicidad de la actividad de los órganos de la Administración del Estado, está atribuido de facultades para controlar preventivamente la constitucionalidad y legalidad de los decretos con fuerza de ley, decretos supremos y resoluciones administrativas, lo que realiza a través del trámite denominado “toma de razón”, lo que se entiende sin perjuicio de los decretos y resoluciones que tiene la categoría de “exentos” por ley o resolución del propio Contralor General. En el ejercicio de esta actividad de control, el Contralor puede “representar” estos decretos o resoluciones por ilegalidad o inconstitucionalidad, lo que trae aparejado un impedimento a su entrada en vigencia, en la medida que éstos no se conforman al ordenamiento jurídico (Art.87 y 88 CPR)<sup>34</sup>.

El control así realizado es, como es obvio, un control estrictamente jurídico, en el que la Contraloría confronta la actuación administrativa reglamentaria o singular, contenida en un decreto o resolución, con el ordenamiento jurídico en su conjunto, haciendo primar este último por sobre aquella, como consecuencia del principio general de legalidad que establece el propio Art.7º CPR. Sin embargo, es en el control de los aspectos constitucionales de la actuación administrativa donde la actividad fiscalizadora de la Contraloría adquiere mayor entidad, en la medida que su pronunciamiento no puede ser “salvado” mediante la insistencia gubernamental, ya que —se considera— que al estar el decreto o resolución en pugna —aparentemente— con la Constitución, pone en peligro valores, principios o derechos de la más alta consideración en el ordenamiento.

No obstante, como se sabe, este pronunciamiento del ente contralor no tiene un carácter definitivo, desde el momento en que el Presidente de la República si bien no puede dictar un decreto de insistencia como en los casos de representación por ilegalidad, sí puede requerir el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, en el caso de no conformarse con el pronunciamiento del primero. Así se pretende equilibrar el conflicto jurídico entre el poder político del Presidente de la República y la autoridad técnica del órgano contralor, impidiendo la primacía del primero —en atención a la gravedad del vicio que se imputa a la actuación administrativa—, pero habilitando un mecanismo de resolución jurisdiccional al conflicto interpretativo planteado. Lo anterior habrá que entenderlo sin perjuicio de la posibilidad de que los ciudadanos puedan impugnar la constitucionalidad o legalidad del acto administrativo controlado favorablemente por la Contraloría, a través de las vías jurisdiccionales pertinentes, con las restricciones establecidas por el Senado a que ya hemos hecho referencia, en el caso de que dicha impugnación se dirija contra el acto de “toma de razón” mismo.

### *El control jurisdiccional de constitucionalidad*

Por último, también existen en nuestro ordenamiento jurídico distintos mecanismos jurisdiccionales para controlar la constitucionalidad de los actos de los órganos estatales, ya sea en el ámbito de los tribunales ordinarios de justicia, como en el Tribunal Constitucional. En el caso de los primeros, nuestro ordenamiento contempla dos procedimientos especialmente relevantes en esta materia y con finalidades distintas: la inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante la Corte Suprema (Art. 80 CPR) y los procesos de amparo de los derechos fundamentales ante las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema (Art.20 y 21

<sup>34</sup> Aróstica, I. “El trámite de toma de razón de los actos administrativos”, en *Revista de Derecho Público*, N°49, enero-junio 1991, pp. 132 y ss.

CPR y 373 del nuevo Código Procesal Penal). A éstos se podría añadir, según algunos<sup>35</sup>, el control constitucional de los derechos fundamentales que corresponde a todos los tribunales de justicia, por aplicación directa del principio de supremacía constitucional, posición que no ha sido respaldada hasta ahora por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria.

Respecto del primero, —el proceso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad— la doctrina dominante ha visto este procedimiento como un mecanismo de control constitucional concreto, concentrado y a posteriori de constitucionalidad de la actividad legislativa, en el que se contrasta directamente el producto normativo emanada de aquella —la norma legal impugnada— con el texto constitucional en su conjunto, realizando así un juicio objetivo de constitucionalidad de la primera<sup>36</sup>. Desde esta perspectiva, se crítica la operatividad y justificación de este sistema represivo de constitucionalidad<sup>37</sup>, incluso su coherencia con el principio de “igualdad ante la ley”, que garantiza la propia Constitución<sup>38</sup>, desde el momento en que no se divisa razón alguna para mantener vigente y en aplicación una norma, que ya se ha estimado inconstitucional por la Suprema Corte en otro caso concreto. Ello explica la propuesta de reforma constitucional en esta materia, en la que se pretende traspasar esta atribución al Tribunal Constitucional —pasando éste a ejercer un control preventivo y represivo de constitucionalidad sobre las normas legales— e imponiendo un efecto general a las resoluciones de inconstitucionalidad cuando alcancen cierta uniformidad<sup>39</sup>.

No obstante, este enfoque es refutado —a mi juicio acertadamente— por Atria<sup>40</sup>, quien —si entiendo bien— a partir de asignar un objeto estrictamente jurisdiccional al recurso de inaplicabilidad, distingue conceptualmente entre procedimientos de inaplicabilidad de normas por razones de inconstitucionalidad y de inconstitucionalidad de normas propiamente tal, explica la función correctiva del primero en el caso concreto y su plena operatividad en un sistema de fuentes formales como el nuestro<sup>41</sup>. Así parece tener sentido y justificación este sistema de control de constitucionalidad que realiza nuestro máximo tribunal, ya que no supone ejercer un control de normas legales —como sería el que

<sup>35</sup> Por todos, Ríos, L. “Control difuso de constitucionalidad de la ley en la República de Chile”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, Actas de la XXXII Jornada Chilena de Derecho Público, Vol. II, pp. 37 y ss.

<sup>36</sup> Por todos, Colombo, J. “Protección jurisdiccional de la Constitución. La Declaración Judicial de Inconstitucionalidad”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Volumen XII (Justicia Constitucional), agosto 2001, pp. 25-26, Bertelsen, R. “Análisis y revisión del Recurso de Inaplicabilidad”, en *La Jurisdicción Constitucional Chilena ante la Reforma*, *Op. cit.*, pp. 157 y ss. y más recientemente, Zúñiga, F. y Perramont, A. *Acciones constitucionales*, Lexis Nexis, Santiago, 2003, pp. 14-15.

<sup>37</sup> El profesor Gómez llega a hablar de “el fracaso de la inaplicabilidad” para expresar su insatisfacción frente a este mecanismo procesal. Ver, Gómez, G. “Algunas ideas críticas sobre la jurisdicción constitucional en Chile”, *Op. cit.*, pp. 96-98.

<sup>38</sup> Ver, especialmente, Figueroa, R. “La acción de inaplicabilidad y el principio de igualdad”, en *Estudios sobre Jurisdicción constitucional*, Cuadernos de Análisis Jurídico N°31, Universidad Diego Portales, 1996, pp. 353 y ss. En este sentido, véase las opiniones vertidas por los Ministros del Tribunal Constitucional Valenzuela y Colombo en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en la discusión particular acerca de las reformas constitucionales en esta materia, en *Reforma a la Constitución Política de la República de 1980*, Senado de la República, noviembre 2001, pp. 374 y ss.

<sup>39</sup> Ver, *Reforma a la Constitución Política de la República de 1980*, *Op. cit.*, pp. 368 y ss.

<sup>40</sup> Atria, F. “Inaplicabilidad y coherencia: contra la ideología del legalismo”, *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Volumen XII “Justicia Constitucional”, agosto 2001, pp. 119 y ss.

<sup>41</sup> En este sentido Atria sostiene que “de lo que se trata no es de juzgar la constitucionalidad de una ley, sino la constitucionalidad de la aplicación de una ley a un caso concreto. El recurso de inaplicabilidad no es un mecanismo de control de constitucionalidad de la ley, sino uno de control de constitucionalidad de la aplicación de la ley. Esto hace de ese recurso un recurso propiamente jurisdiccional”. Atria, F. “Inaplicabilidad y coherencia...”, *Op. cit.*, p. 154.

realizan los tribunales constitucionales de forma preventiva o represiva—, sino de aplicaciones concretas de éstas a casos sometidos a su decisión.

Mención aparte requiere el control de constitucionalidad que realiza el Tribunal Constitucional chileno. Este órgano tiene amplias atribuciones para controlar la constitucionalidad de hechos, actos y normas que pugnen con la Carta Fundamental, ya sea en forma preventiva o represiva (Art.82 CPR)<sup>42</sup>. Así, por un lado, este Tribunal ejerce un control preventivo de constitucionalidad de proyectos de ley, de reforma constitucional y de tratados internacionales, obligatorio o facultativo según el caso (Art.82 N°1 y 2 CPR); por otro, controla preventiva o represivamente la constitucionalidad de decretos supremos y resoluciones administrativas (Art.82 N°3, 4, 5, 6 y 12); finalmente realiza una labor de control de la organización institucional, ya sea ejerciendo competencias sancionatorias por infracción al sistema democrático (Art.82 N°7 CPR) o resolviendo sobre inhabilidades, incompatibilidades o causales de cesación del Presidente de la República, Ministros de Estado y parlamentarios, según el caso (Art.82 N°9, 10 y 11 CPR).

Hasta ahora este Tribunal ha concentrado su actividad en resolver los problemas de constitucionalidad de normas legales y reglamentarias, principalmente, en el primero de los casos mencionados, ejerciendo el control preventivo obligatorio de las normas —no de las leyes— que tienen rango de orgánica constitucionales que establece la Constitución (STC 13/1982 y 62/1989, entre otras), lo que se ha traducido, después de recuperada la democracia, en un control de quórum constitucionales de aprobación —exigido evidentemente por la oposición— más que en controles materiales de fondo de las normas (STC 134/1991)<sup>43</sup>. Asimismo, en el ámbito del control constitucional rogado de preceptos legales, el Tribunal se ha visto activado en el último por las minorías parlamentarias a discutir en sede jurisdiccional las valoraciones y opciones del legislador, entrando peligrosamente en el ámbito de la “libertad de configuración normativa” que le corresponde a éste en el proceso político (STC 276/1998 y, vinculado a los tratados internacionales, STC 346/2002)<sup>44</sup>.

No obstante, es en el control de constitucionalidad de la potestad reglamentaria de ejecución donde el Tribunal Constitucional ha desplegado una actividad más prolífica y de impacto público, enjuiciando los límites de aquella y resolviendo los conflictos políticos entre la minoría parlamentaria requirente y el Gobierno. Ello ha dado pie a una cambiante y compleja jurisprudencia del Tribunal acerca de la entidad de las reservas legales en la Constitución —absolutas o relativas<sup>45</sup>—, consolidándose en el último tiempo

<sup>42</sup> Ver, en ese sentido, Bordalí, A. *Temas de Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Fallos del Mes, Santiago, 2002, pp. 27 y ss.

<sup>43</sup> Nótese que el Tribunal Constitucional tiene como regla básica para entrar al análisis constitucional, que —a partir de lo dispuesto en el Art. 63 CPR— debe analizarse caso a caso si las normas legales en cuestión tienen este rango —orgánico constitucional—, sin importar la naturaleza de las leyes involucradas. Ello, además de contrariar el texto literal de la Constitución (Art. 82 N°1 CPR), genera una inseguridad jurídica, lo que se manifiesta en que queda entregado al legislador, en primera instancia, y al propio Tribunal después, calificar tal circunstancia analizando el contenido de la misma. Sin embargo, curiosamente, no hace tal distingo para los tratados internacionales, en que pese a contener normas de tal carácter y exigir el respectivo quórum, no exige el control preventivo obligatorio de constitucionalidad de estas mismas normas (STC 309/2000).

<sup>44</sup> Esto se aprecia con claridad si se compara las STC 276/1998 y la recientemente dictada el 4 de junio de 2003, en que la planta de cargos críticos es declarada inconstitucional en el primer caso y constitucional en el segundo, sin apreciarse claramente los fundamentos para fallar distinto en uno u otro caso, salvo la amplitud del acuerdo político para apoyar una u otra norma.

<sup>45</sup> Un análisis a la jurisprudencia del Tribunal hasta 1998, en Carmona, C. “Tendencias del Tribunal Constitucional en la relación ley-reglamento”, *Revista de Derecho Público*, Vol. 61 (1998/1999), pp. 180 y ss.

—aparente y afortunadamente—, una doctrina más flexible que, reconociendo estas reservas y definiendo su contenido, da una funcionalidad a la potestad reglamentaria de ejecución en nuestro sistema jurídico (STC 370/2003). Ahora bien, desde una perspectiva estrictamente procesal, en esta materia la oposición política ha utilizado sistemáticamente la causal establecida en el numeral 5 del Art.82 que, como se sabe, a diferencia de lo establecido en el numeral 12 del mismo artículo, habilita a la minoría parlamentaria —la  $\frac{1}{4}$  parte de los diputados o senadores en ejercicio— para presentar el requerimiento al Tribunal Constitucional, entendiéndose —criterio que ha respaldado el Tribunal— que ésta habilita la impugnación tanto de decretos supremos reglamentarios como simples decretos, siempre que, en el caso de los primeros, éstos sean expresión de la potestad reglamentaria de ejecución (STC 325/2001).

Una situación diametralmente distinta a las analizadas y muy particular —que abordaremos con mayor profundidad en el punto siguiente— es la que encontramos a propósito del control constitucional que realizan los tribunales superiores en tutela de los derechos fundamentales. En estos casos, son todas las Cortes de Apelaciones del país y —en apelación o directamente, en el caso de los recursos de nulidad— la Corte Suprema, las que a través de sus salas conocen y resuelven conflictos jurídicos entre un acto jurídico o material concreto y una norma constitucional que garantiza un derecho fundamental. Aquí el control es más específico: se trata de amparar a un ciudadano en un derecho que tiene la categoría fundamental y del que ha sido privado, perturbado o amenazado por la acción u omisión de un sujeto público o privado. Como se puede observar, no se trata aquí de cautelar sólo la supremacía de la norma constitucional frente a otra norma o acto, sino primariamente —o así debiera ser— la de amparar la plena vigencia y aplicación de un derecho fundamental de una persona, que la Constitución se encarga de proteger y garantizar.

## El control constitucional de los tribunales a partir de los derechos fundamentales

### *Los derechos fundamentales como parámetro de control constitucional*

Sin perjuicio de todo lo hasta aquí expuesto, es irrefutable que el parámetro de control constitucional más utilizado en ordenamientos jurídicos de influencia europea continental como el nuestro —o con mayor impacto al menos en la última media centuria—, es el derivado de las normas que reconocen y garantizan los derechos fundamentales, lo que parece evidente si consideramos el rol que juegan éstos en los actuales Estados constitucionales de Derecho. En efecto, si partimos de la base que —siguiendo la doctrina alemana más citada<sup>46</sup>— los derechos fundamentales ya no son considerados exclusivamente como derechos públicos subjetivos de libertad que protegen una esfera individual determinada, sino que además pasan a adquirir una dimensión objetiva valorativa que informa todo el ordenamiento jurídico, es claro que sus alcances son mucho mayores que cualquier otra norma del ordenamiento como parámetro de constitucionalidad. Ello se hace más extensivo aún, al derivar de ese carácter valórico, una eficacia horizontal de estos mismos derechos, generando el denominado “efecto irradiación” de éstos sobre todas las normas que conforman el ordenamiento<sup>47</sup>. Así, los derechos fundamentales ya no se quedan en la norma constitucional misma y garantizando una posición jurídica concreta, sino además percolan todo el

<sup>46</sup> Böckenförde, E. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, p. 95.

<sup>47</sup> Ídem, pp. 112 y ss.

sistema jurídico, principalmente a través de los entresijos axiológicos que proclaman las propias normas. Esto da pie a que algún sector de la doctrina caracterice al Estado constitucional actual como una cultura o sociedad de los derechos fundamentales, destacando la función legitimadora del orden jurídico que ostentan éstos<sup>48</sup>.

Estas concepciones han sido recogidas por nuestra doctrina y jurisprudencia, en términos bastantes acríticos e irreflexivos, como lo constata acertadamente Aldunate<sup>49</sup>, generándose algunas consecuencias poco deseadas para un funcionamiento adecuado del sistema jurídico. Así a partir de la falta de teorización y comprensión adecuada de la doctrina alemana antes señalada y su transposición imperfecta al derecho chileno —llegando a entender la doctrina de la *Drittwirkung*, como una habilitación general para la aplicación directa e inmediata de los derechos fundamentales entre particulares y no como deber del Estado de criterio interpretativo para resolver los conflictos entre éstos<sup>50</sup>—, unido a concepciones “pontificias” —en palabras de Ruiz-Tagle<sup>51</sup>— de amplia aceptación en nuestra doctrina y jurisprudencia, que entremezclan ideologías y posiciones morales sin fundamento jurídico, llegando a construcciones jurídicas absurdas, que ponen en entredicho todo el sistema jurídico<sup>52</sup>.

Todo este proceso se ve complementado por la afirmación tan absoluta que hace nuestra doctrina y jurisprudencia de la aplicación directa e inmediata de las normas constitucionales derivada de la cláusula general de supremacía constitucional que proclama nuestra Carta Fundamental (Art.6 CPR). Esta doctrina —positiva y alentadora en términos generales— se desperfila totalmente en el derecho chileno, al simplificar todos los conflictos jurídicos en una simple confrontación de derechos constitucionales de baja densidad normativa, donde la solución jurisprudencial no descansa en reglas generales y abstractas emanadas del legislador —normas legales de desarrollo, como en el sistema europeo continental— o del propio juez —sobre la base de precedentes, como en el sistema anglosajón—, sino en resoluciones dictadas caso a caso, que se muestran inconsistentes y de contenido variable según las partes y elementos metajurídicos en conflicto<sup>53</sup>.

Todo esto lleva a un importante sector de la doctrina —y con justa razón— a reclamar contra este fenómeno de reducción del derecho chileno a un catálogo de derechos fundamentales de contenido vagoroso e impreciso, sobredimensionado en su operatividad y reducido en sus soluciones jurídicas a una comprensión más o menos arbitraria de su contenido, generándose un proceso de “desconstitucionalización” y “vulgarización” del derecho<sup>54</sup>. Así, los derechos fundamentales dejan de ser en nuestro sistema jurídico un parámetro exigente de constitucionalidad que deben ser seguidos por el juez, para constituirse —por

<sup>48</sup> Häberle, P. *El Estado constitucional*, Op. cit., pp. 3-5 y 185-186.

<sup>49</sup> Aldunate, E. “El efecto irradiación de los derechos fundamentales”, en *La constitucionalización del derecho chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003 (en prensa).

<sup>50</sup> Ídem.

<sup>51</sup> Ruiz-Tagle, P. “Una dogmática general para los Derechos Fundamentales en Chile”, en *Revista de Derecho Público*, Actas de las XXXI Jornadas Chilenas de Derecho Público, Vol. 63 (2001), pp. 183 y ss.

<sup>52</sup> Téngase como ejemplo paradigmático la conocida sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago y de la Corte Suprema denominada “la última tentación de Cristo” o “la píldora del día después”, por nombrar sólo algunos ejemplos.

<sup>53</sup> Bien vale la pena en estos momentos recordar la frase Kriele en esta materia: “una regla metodológica que se aplica unas veces sí y otras no, es una regla que no vale”. Kriele. *Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, Berlín, 1967, p. 25. Citado por Rubio, F. *La forma del poder*, Op. cit., p. 579.

<sup>54</sup> Aldunate, E. “La desconstitucionalización de la Constitución”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, tomo XXII, 2001, Vol. I, Actas de la XXXII Jornada Chilena de Derecho Público, p. 32.

la naturaleza misma de la norma— en una cláusula de habilitación al ejercicio discrecional de su poder — el “sitio eriazó” de los derechos fundamentales dirá con creatividad y acierto Aldunate<sup>55</sup>—, que desarrollará en la resolución del caso, ponderando los derechos de acuerdo a sus propias valoraciones personales<sup>56</sup>.

### *El Recurso de Protección como mecanismo de control constitucional*

En el contexto antes descrito, es evidente que el principal instrumento o vía procesal de control constitucional que existe en nuestro ordenamiento actualmente, es el denominado Recurso de Protección, lo que se explica, principalmente, por la restrictiva legitimación activa para acceder al Tribunal Constitucional y la Corte Suprema —a través del proceso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad— y los limitados alcances que tiene este control en cada caso, según ya pudimos ver. Por tanto, es a través del proceso de protección donde se ventilan a diario los conflictos de derechos fundamentales de los ciudadanos entre sí y entre éstos y el poder público, y en el que se hace aplicación directa de las normas constitucionales garantizadoras de derechos fundamentales contra todo tipo de actos u omisiones.

Lo anterior no tendría nada de particular, sino fuera porque del análisis de los fallos de nuestros tribunales se deduce fácilmente que en realidad no se produce un control constitucional en estricto rigor, sino una “justicia deslegalizada”, en el que bajo el amparo de una solución constitucional se esconde una aplicación de lo “justo”, en el criterio exclusivo del tribunal. En efecto, si uno revisa estos fallos se percatará fácilmente que en la gran mayoría de ellos el derecho reclamado y amparado es el derecho de propiedad, en su acepción más amplia, incluyendo no sólo derechos incorporales en estricto rigor, sino simples intereses, posiciones subjetivas y aún meras expectativas que no se relacionan con el carácter “fundamental” del supuesto derecho que se reclama<sup>57</sup>.

Esto es más evidente todavía, si cabe, en el caso del control constitucional de los poderes públicos — ámbito específico de este trabajo— y, en particular, de la actividad administrativa. En esta materia, los tribunales a través de una curiosa —por llamarla de alguna manera— construcción jurídica, crea derechos constitucionales, establece restricciones a las potestades públicas y señala requisitos y exigencias a su actividad, en base a cláusulas constitucionales abiertas, yendo incluso contra texto legal expreso<sup>58</sup>. Así, es frecuente que a través de una interpretación amplísima de “propiedad” sobre supuestos “bienes incorporales” que las Cortes, por ejemplo, reconozcan la “propiedad sobre el empleo público”, dejando sin aplicación la potestad invalidatoria que el ordenamiento jurídico expresamente le reconoce (Art.63 LOCBGAE)<sup>59</sup>,

<sup>55</sup> Ídem, p. 32.

<sup>56</sup> Ruiz-Tagle identifica muy bien estas distintas valoraciones y jerarquizaciones de los derechos fundamentales en la doctrina y jurisprudencia chilena, poniendo el acento en las concepciones intuitivas que proclaman un importante sector doctrinal. Ver, Ruiz-Tagle, P. “Una dogmática general para los Derechos Fundamentales en Chile”, *Op. cit.*, pp. 182 y ss.

<sup>57</sup> En el mismo sentido, ver, Aldunate, E. y Fuentes, J. “El concepto del Derecho de Propiedad en la Jurisprudencia Constitucional Chilena y la Teoría de las Garantías de Instituto”, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, tomo XVIII, 1997, pp. 195 y ss.

<sup>58</sup> Ver al respecto, con mayor amplitud, Ferrada, J.C. “La progresiva constitucionalización del poder público administrativo chileno: un análisis jurisprudencial”, en *La constitucionalización del derecho chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003 (en prensa).

<sup>59</sup> Ver, SCS 1109/03, “Albornoz con I. Municipalidad de Chaitén y otro”. El texto de la sentencia y un comentario más amplio al respecto, puede verse en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XIV, 2003 (en prensa).

revisan la legalidad y oportunidad para disponer una medida disciplinaria en un funcionario público<sup>60</sup>, resuelvan una excepción procesal en forma paralela al procedimiento legalmente previsto<sup>61</sup> y, en fin, ponderen de forma distinta las pruebas ofrecidas en un procedimiento administrativo<sup>62</sup>.

Algo similar podemos encontrar en materia de “igualdad ante la ley”, donde a partir de una interpretación amplísima de este derecho, concluye que cualquier aplicación de una norma legal de parte de una autoridad administrativa, que no se conforme —a juicio del Tribunal— con una correcta interpretación correcta de la norma, constituye una infracción a este derecho fundamental, que habilita su anulación y reemplazo por la que los jueces dispongan<sup>63</sup>. Como se puede observar, lo que los tribunales hacen en estos casos, es utilizar como parámetro comparativo de la igualdad, la resolución del caso concreto con una interpretación ideal o “correcta” del asunto planteado, ejerciendo un control de legalidad más que un control de constitucionalidad del asunto planteado. Lo anterior podría descartarse señalando que las cortes al actuar así, lo que hacen es realizar efectivamente un control de constitucionalidad, lo que en virtud de lo establecido en el Art. 7º CPR incluye el respeto por todos los órganos del Estado del principio de juridicidad y demás principios esenciales establecidos en la Constitución<sup>64</sup>. Sin embargo, tal argumentación, aceptable aparentemente, tendría como supuesto que el Recurso de Protección no es sólo un mecanismo de tutelar los derechos fundamentales, sino además confrontar toda la actividad pública con el texto constitucional, lo que evidentemente se aleja de lo declarado aún por el propio texto constitucional.

Por último, aunque con un carácter más polémico también es posible detectar esta anomalía a propósito del “derecho al debido proceso”, el que se imputa —siguiendo una tradición doctrinal, reflejada aún en las mismas actas de la comisión redactora de la Constitución de 1980<sup>65</sup>— a los órganos que integran la Administración del Estado, haciendo una interpretación amplísima del concepto “órgano que ejerce jurisdicción” que utiliza el Art. 19 N°3 inciso 5º CPR<sup>66</sup>. Pero la creatividad doctrinal y jurisprudencial va más allá. Como este derecho —o mejor dicho, este inciso— no se encuentra amparado expresamente por el Recurso de Protección (Art.20 CPR), se llega al “artilugio” de entender que cualquier resolución administrativa que imponga una obligación de dar, hacer o no hacer a un ciudadano, haciendo aplicación de una norma legal que habilita al órgano para ejercer esa potestad, constituye un verdadero “juzgamiento

<sup>60</sup> En este sentido, SCS 6396/01, “Barrientos con General Director de Carabineros”;

<sup>61</sup> SCS 4701/01, “Conservera Sacramento S. A. con Tesorero y Juez Substanciador de la Tesorería General de la República Décima Región” y SCS 4897/01, “Inversiones San Damián S. A. con Juez Tributario y Director Regional del Servicio de Impuestos Internos Cuarta Región”.

<sup>62</sup> Ver, al respecto, SCS 4665/01, “Luengo con Subdirector de Salud del Ambiente, Servicio de Salud de Ñuble”.

<sup>63</sup> Así, ver SCA de Valparaíso 251/01, “Rizo con Gobernador Provincial de Valparaíso y otro” (confirmada por la CS); SCS 58/02, “Avendaño con Dirección General de Carabineros” y SCA de Antofagasta 14632/02, “Astudillo con I. Municipalidad de Calama” (ambos confirmados por la CS).

<sup>64</sup> Este contraste entre la actividad administrativa y las normas legales correspondientes es habitual en las sentencias de protección, omitiendo en ocasiones un pronunciamiento sobre derecho fundamental alguno o dándole una interpretación amplísima a éstos, incluyendo todo tipo de ventaja o beneficio patrimonial o no. Ver, en este sentido, SCS 833-02, “Hotelería Aguas Verdes S. A. con Secretaría Regional Ministerial de Vivienda u Urbanismo Novena Región” y SCA de Puerto Montt 3250/01, “Troncoso con Alcalde de Puerto Montt y otro”.

<sup>65</sup> Ver, en este sentido, Evans de la Cuadra, E. *Los derechos constitucionales*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1986, pp. 28 y ss.

<sup>66</sup> Sobre este punto, y de forma más extensa, ver Bordalí, A. y Ferrada, JC “Las facultades juzgadoras de la Administración: una involución en relación al principio clásico de la división de poderes”, *Op. cit.*, pp. 187 y ss.

por comisión especial”, lo que infringe la prohibición formulada en la Constitución y que si se encuentra amparado por el señalado recurso<sup>67</sup>. Pues bien, esta doctrina no sólo implica una confusión terminológica poco aceptable entre “actividad administrativa” y “actividad jurisdiccional” —vaciando del carácter resolutiva a la primera y haciendo innecesaria la revisión judicial posterior por la vía ordinaria, la que precisamente tiene como presupuesto la actividad administrativa previa—, sino que mucho más grave, los jueces por esta vía han decidido, por sí mismos —sin que medie decisión alguna del legislador—, negar el carácter imperativo a los actos administrativos, suprimiendo además la potestad de autotutela de la Administración del Estado<sup>68</sup> —de cualquier tipo—, lo que lleva a una reinterpretación global de las potestades administrativas conferidas en las leyes especiales a partir de una norma general y abstracta de la Constitución<sup>69</sup>. Valdría la pena preguntarse, que pasa con todas las normas legales que reconocen expresamente esta potestad en el orden jurídico<sup>70</sup> —¿son inconstitucionales?, ¿Estarán derogadas tácitamente?— y, aún más grave, cómo se explica esto a la luz de la reciente Ley N°19880 que establece las bases del procedimiento administrativo, consagrando entre sus normas expresamente este efecto.

Afortunadamente algo está cambiando en nuestra jurisprudencia. Hoy algunas salas ya empiezan a negar la supuesta “propiedad sobre el empleo público”, declarando el carácter extrapatrimonial de la relación funcional<sup>71</sup>, a reconocer la potestad invalidatoria de la Administración del Estado —al menos en aquellos casos en que está expresamente previsto en el ordenamiento<sup>72</sup>—, en fin, a rechazar la protec-

<sup>67</sup> Este razonamiento se ha seguido con especial contundencia en aquellos casos en que las inspecciones del trabajo, haciendo aplicación de sus potestades establecidas en el Código del Trabajo y la Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo, imponen multas a empresas por infringir la normativa laboral, las que son reclamables a través de procedimientos administrativos y judiciales. Ver, en este sentido, entre otros, SCA de Rancagua 2074/01, “Rancagua Store con Inspección Provincial del Trabajo de Rancagua”; SCA de Temuco 1610/01, “Empresa Indusmetal Construcciones Ltda, con Fiscalizadora de la Inspección del Trabajo” y SCA de Santiago 4512/01, “Sociedad Educativa La Estrella Ltda. con Inspección Comunal del Trabajo de La Florida” (todas confirmadas por la Excm. Corte Suprema).

<sup>68</sup> Así se afirma con absoluto desparpajo —sin mucha reflexión y conocimiento por cierto— que “cabe tener presente que tanto la doctrina administrativa como la jurisprudencia de los tribunales se han uniformado en el sentido de declarar que los actos administrativos deben ser revocados e invalidados cuando por ellos se produzca un atentado a los derechos adquiridos al amparo del acto anterior, en los casos en que sus titulares han actuado de buena fe; puesto que, se razona, de aceptar un proceder contrario, ello significaría consagrar una especie de autotutela declarativa, excluyendo la actividad jurisdiccional, única con facultades constitucionales y legales para preservar el orden jurídico cuando éste ha sido transgredido” (la cursiva es mía). SCA de Santiago, 5939/01, “Sociedad Inmobiliaria Doña Ida S. A con Ministro de Transporte y Telecomunicaciones” (confirmada por la CS).

<sup>69</sup> Viene aquí a mi memoria la vieja cláusula constitucional alemana de la Carta de Frankfurt de 1849 que en una sola disposición zanja la discusión, regulando la materia, pero sin negar en absoluto los poderes resolutivos de la propia Administración: “La Justicia ejercida por la Administración cesa. Sobre cualquier lesión jurídica deciden los tribunales” (Art. 182).

<sup>70</sup> Tómese como ejemplo, las potestades reconocidas a órganos de la Administración del Estado para imponer sanciones pecuniarias y aún de mayor entidad en materia sanitaria (Art. 8°, 155 y 174 del Código Sanitario), tributaria (Art. 60, 97 y 161 del Código Tributario) o de extranjeros con residencia temporal (Art. 17 y 65 DL 1094/1975), por nombrar sólo algunos.

<sup>71</sup> Ver, SCA de Chillán 2760/03, “Acuña con I. Municipalidad de Chillán Viejo” y SCA de Rancagua 2293/03 “Briceño con I. Municipalidad de San Francisco de Mostazal” (ambas confirmadas por la Excm. CS).

<sup>72</sup> Ver, SCA de Santiago 4107/02 “Lavín con Subsecretario de Investigaciones de Chile” (confirmada por la Excm. CS).



ción simple y directa contra la actividad administrativa resolutive, aunque por ahora sólo sea por aplazar la discusión a un procedimiento especializado<sup>73</sup>. Se sienten nuevos aires en nuestros tribunales, con construcciones aún un poco frágiles, pero que espero que resistan el embate de aquellos que en otros tiempos llevaron el pandero<sup>74</sup>.

## Conclusiones

De lo expuesto en las páginas precedentes podemos extraer algunas conclusiones:

- 1- El control es uno de los elementos que integran y definen el Estado de Derecho y el Estado democrático. De ahí que los instrumentos previstos para ello en un Estado democrático de Derecho, así como los órganos llamados a hacerlo efectivo, son expresión de ambas formas de Estado, cubriendo una gran variedad de supuestos y órganos objeto de esta fiscalización.
- 2- El control constitucional, que es en rigor un control jurídico, se distingue de otro tipo de controles, en que el parámetro que se utiliza como regla es la Constitución misma, lo que genera algunas particularidades derivadas de la densidad normativa de la regla y de los órganos habilitados al efecto.
- 3- El control constitucional de los poderes públicos está entregado en nuestro país a una pluralidad de órganos de carácter político, administrativo y jurisdiccional, cubriendo actos de distinta naturaleza y entidad. Ello no importa una desnaturalización del control mismo —que es eminentemente jurídico—, pero sí un acento y características distintas en cada caso.
- 4- Sin perjuicio de la pluralidad orgánica del control constitucional antes apuntada, es evidente que la forma más frecuente y utilizada por los ciudadanos para ejercer el control constitucional es el denominado Recurso de Protección. Ello se explica por las restricciones operativas de los otros instrumentos de control, como por la interpretación amplísima que han dado nuestros tribunales a los derechos fundamentales, tanto en su concepción jurídica global como en la aplicación individual de los mismos.
- 5- Esta forma expansiva de entender los derechos fundamentales, ha provocado que el control constitucional de los actos de los poderes públicos a través del proceso de protección, se halla erigido en un mecanismo de control ordinario de la actividad administrativa, ampliando su ámbito de acción a un control de mera legalidad general.
- 6- Esta desnaturalización del denominado Recurso de Protección ha generado una reacción jurisprudencial en el último tiempo —principalmente en la Corte Suprema—, tratando de reconducir el uso de éste a los conflictos en que realmente estén involucrados este tipo de derechos. Sin embargo, la argumentación utilizada carece aún de cierta solidez y coherencia, además de constituir aún un esfuerzo aislado en esta materia.

<sup>73</sup> Ver, SCS 2402/01, "Perforaciones Ausdrill (Chile) Ltda. con Inspección Provincial del Trabajo de Antofagasta" y SCA de Rancagua 2049/01, "Embotelladoras Unidas S. A. con Inspectora Provincial del Trabajo de Rancagua" (confirmada por la CS),

<sup>74</sup> En una actitud crítica y algo destemplada, revisando esta nueva jurisprudencia, ver Soto K, E. "La protección de los derechos de las personas, logros y penurias", en *Ius Publicum*, N°10 (2003), pp. 71-88.