

Departamento de Derecho Público
Facultad de Derecho
Universidad de Chile



**LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES Y LAS RELACIONES DE SUJECCIÓN
ESPECIAL EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA**

Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autor: Pablo Fuenzalida Cifuentes

Profesor guía: Carlos Carmona Santander

Ocubre, 2007

A mis padres, Mirtha y Horacio

AGRADECIMIENTOS

Aún cuando los agradecimientos que siguen aparecen en el marco de una tesis, me resulta imposible no incluir a personas que han sido significativas en el transcurso de mi vida.

Lo primero que debo (y quiero) agradecer es a Dios por haber tenido salud, compañía, tiempo, y uso de la razón para concluir esta tesis y mi paso por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Debo agradecer a los diversos académicos que me ayudaron durante la universidad, en especial, a aquellos que de una u otra forma intervinieron en mi trabajo en esta tesis. En primer lugar, deseo agradecer al profesor Pablo Ruiz-Tagle por la pasión con la cual se ha dedicado a enseñar el Derecho Constitucional, pasión que provocó en mí un atractivo por esa rama del derecho, y que pude cultivar durante los años en que fui ayudante. En segundo lugar, quisiera agradecer al profesor Jaime Jara por su detallada y oportuna evaluación de este trabajo en su labor como profesor revisor de la misma. Mención aparte debo hacer del profesor Eduardo Aldunate, quien aún cuando no fui su alumno, me recibiera en sus oficinas en Valparaíso y tuvo (y ha tenido) la deferencia de responder y discutir las diversas inquietudes y preguntas que fueron apareciendo mientras elaboraba este trabajo. La mayor claridad que espero haber alcanzado en aspectos como la conceptualización de las relaciones de sujeción especial, así como en sus aspectos históricos, la debo principalmente a su interés y seriedad académica. Debo agradecer a mi amigo y profesor Fernando Londoño, quien hiciera una pausa en su calidad de doctorando para revisar mi trabajo, aportando enormemente en lo relativo a los reclusos en establecimientos penitenciarios. Las primeras divagaciones que fueron surgiendo sobre el objeto de esta tesis, tuve la suerte y el honor de compartirlas con el profesor Lucas Sierra. No quisiera abusar del espacio que aquí tengo para agradecerle por una infinidad de cosas, pero sólo quisiera agregar que en el trabajo como ayudante que hasta el día de hoy me ha permitido realizar, así como su amistad y consejos (*focus*), han sido una provocación constante para hacer este trabajo no sólo lo más seriamente posible, sino que además fuese un verdadero gusto. Por último, pero no por eso menos importante, al profesor Carlos Carmona, quien con su enorme generosidad y sabiduría aceptó dirigir esta tesis. Recuerdo las conversaciones que sostuvimos en su oficina en una variedad de horarios en que, como me dijo al principio, poco a poco lograría (o intentaría al menos) sintonizar finamente un problema. Su generosidad siempre me ha sorprendido, en especial por la dedicación que da a sus alumnos y por la sencillez que comparte sus fuentes bibliográficas, incluyendo su propia biblioteca. Fue siempre un desafío a ir cada vez más allá en las distintas aristas que fueron apareciendo.

Pero no solo de académicos se nutre este trabajo (ni la vida). Mis grandes amigos, Jorge, Germán, Lucho, Eduardo, y Mario, quienes espero que siempre podamos seguir en

contacto, han sido fuente de las discusiones más apasionadas y de risas imborrables. Junto a ellos, mis amigos de Comunión y Liberación, a quienes prefiero no individualizar, porque tendría que escribir páginas de ellos, y de todas formas se me olvidaría más de alguno, lo cual me parece injusto. Es en ellos quienes he conocido que en la vida existe un significado por el cual vale la pena levantarse todas las mañanas incluso ante la adversidad, y por otra parte, a cribar todo y quedarse con lo bueno, como decía San Pablo.

Mis padres Horacio y Mirtha, en fin, han sido una suerte de cimientos vivos en mi vida. Su cariño, confianza, correcciones, apoyo, y múltiples enseñanzas espero que hayan calado en algún grado en mí. Ellos son quienes han dado todo para que yo y mi hermana podamos forjar nuestros propios sueños y vidas. Mi hermana Alejandra, quien durante el período en que trabajé en esta tesis hizo todo lo que estuvo a su alcance para recibirme en momentos de grandes y complejos cambios, y hasta el día lo hace. Mis abuelos (y padrinos) Omar y Ángela, que a su único nieto varón lo han tratado como si fuera un verdadero hijo para ellos. También quiero hacer mención de mi abuelo Horacio, quien aún cuando no está con nosotros, dejó una huella imborrable por su gratuidad con nosotros. Quiero agradecer también a Sandra y Santiago, quienes han estado al lado mío en diversos momentos, aunque no siempre les demuestre que han sido importantes, a veces más de lo que creen. También quiero agradecer a mis tíos y primos. A la Maga, por sus años de preocupación y cariño. Y finalmente quiero agradecer a Amparo, mi polola, y su pequeña hija (en edad) Esperanza, de quien me siento un alumno más entre aquellos que tienen la fortuna de tenerla como profesora. Su pasión por sus alumnos siempre me ha conmovido, así como el amor que día a día gratuitamente me demuestra y entrega. Sus nombres reflejan a la perfección lo que en mi vida, y en muchas otras, significan.

GLOSARIO

CJM: Código de Justicia Militar

COSENA: Consejo de Seguridad Nacional

DFL: Decreto con Fuerza de Ley

D.O.: Diario Oficial

DS: Decreto Supremo

EA: Estatuto Administrativo

FM: Revista *Fallos del Mes*

GJ: Revista *Gaceta Jurídica*

LOC: Ley Orgánica Constitucional

LOCBGAE: Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado

SEREMI: Secretaría Regional Ministerial

RDJ: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*

RSG: Relación(es) de Sujeción General

RSE: Relación(es) de Sujeción Especial

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional español

ÍNDICE

	Página
I. INTRODUCCIÓN	1
II. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN DE LAS RELACIONES DE SUJECIÓN ESPECIAL	8
II.1 Las Relaciones de Sujeción Especial con anterioridad al Estado constitucional	9
II.2 Las Relaciones de Sujeción Especial bajo la monarquía constitucional.	13
II.3 El concepto en la doctrina alemana.....	19
II.4 Las RSE y los derechos fundamentales en las Constituciones de Weimar y Bonn.....	33
III. BALANCE DE LA INSTITUCIÓN	45
III.1 Críticas que postulan la eliminación de la institución.....	46
III.2 Reformulación de la institución bajo postulados constitucionales	49
III.3 Tesis personal sobre la institución	55
IV. LAS RELACIONES DE SUJECIÓN ESPECIAL EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA	77
IV.1 Las relaciones de sujeción especial y la doctrina sobre la titularidad de los derechos fundamentales	77
IV.2 Las RSE en la Constitución.....	95
IV.2.1 La relación funcional	95
IV.2.2 Los miembros de las Fuerzas Armadas y de Orden	123
IV.2.3 El status de quienes se encuentran privados de libertad	154
IV.2.4 Los estudiantes de establecimientos públicos	182
IV.2.5 Las Relaciones de Sujeción Especial y los Colegios Profesionales	207
V. CONCLUSIÓN.....	219
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	230

*The river flows, the seasons turn
The sparrow and starling have no time to waste.
If men do not build
How shall they live?
When the field is tilled
And the wheat is bread
They shall not die in a shortened bed
And a narrow sheet. In this street
There is no beginning, no movement, no peace and no end
But noise without speech, food without taste.
Without delay, without haste
We would build the beginning and the end of this street.
We build the meaning:
A Church for all
And a job for each
Each man to his work*

T.S. Eliot, *Choruses from 'The Rock'* (1934)

I. INTRODUCCIÓN

Salvo algunas excepciones que serán tratadas oportunamente, el tema que se aborda en este trabajo resulta prácticamente desconocido en la doctrina chilena. No es, en todo caso, algo propio de nuestro país. La categoría de las Relaciones de Sujeción Especial (RSE) fue desarrollada en Alemania y, luego, importada por la doctrina española, muchas veces utilizada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional español, pero con un desarrollo doctrinal que no ha sido equivalente a dicho uso. Un fallo reciente del Tribunal Constitucional chileno la recoge por primera vez en nuestro derecho siguiendo a la doctrina española¹. Además, las RSE desde sus

¹ El considerando octavo del fallo Rol 468-2006 de 9 de noviembre de 2006 señala que los militares serían un “grupo de sujeción especial”. Al momento de ser corregida esta tesis, el Tribunal Constitucional recogió la categoría por su denominación correcta, en la prevención que hacen al fallo los ministros Fernández y Peña, su considerando tercero: “Que, complementando lo expresado, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha admitido la existencia de casos que, sin vulnerar el principio del *non bis in idem*, admiten una doble penalización. Entre ellos se encuentran las relaciones funcionarial, de servicio público y la del concesionario. Para aquella Magistratura, la razón de esta compatibilidad de sanciones descansa en el mismo argumento que con carácter general permite la concurrencia de aquéllas: la dualidad de fundamento. Agrega que la razón de la

inicios han sido controvertidas, dando lugar a una temprana discusión entre los tratadistas alemanes.

En la dogmática constitucional las RSE son una categoría específica dentro de otro tema central: la titularidad de los derechos fundamentales. En el constitucionalismo nacional dicho tema se encuentra aún en ciernes por parte de la doctrina. Por *titularidad* se ha entendido “*la efectiva atribución constitucional, directa o indirecta, de determinados derechos fundamentales*”². Díez-Picazo, para el caso español, plantea que cuando se habla de titulares de los derechos fundamentales se deben separar dos problemas: el primero versa sobre la titularidad misma donde principalmente se presentan dos situaciones conflictivas, la de las personas jurídicas y la de los extranjeros; y el segundo dice relación con los límites a su ejercicio, donde se pueden encontrar al menos tres situaciones: los menores de edad, la

potestad disciplinaria tiene un componente esencialmente ético, ya que su finalidad, más que el restablecimiento del orden social quebrantado, es la salvación del prestigio y la dignidad corporativos, el servicio de los intereses generales y el funcionamiento eficaz de los servicios públicos [...]. De allí que la posibilidad de dualidad de sanciones se dé en el ámbito de las relaciones de sujeción especial, como las que caracterizan la carrera de los funcionarios de Carabineros de Chile”. Rol 781-07 de 27 de septiembre de 2007. Cursivas en el original.

² TEORÍA GENERAL de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978. 2004. Por Ángel Villaverde “et al”. Madrid, Tecnos, p. 84.

capacidad de obrar y la renuncia a los derechos³. Es precisamente en este segundo problema donde las RSE tienen relevancia constitucional, por cuanto en ellas se producen constantemente restricciones de mayor extensión y grado, lo que ha llevado a algunos incluso a señalar que estamos en presencia de una verdadera renuncia a los derechos o al menos de su ejercicio.

Históricamente las RSE muestran por lo menos tres problemas: la validez del principio de legalidad en las actuaciones de la Administración, la validez de los derechos fundamentales, y la cuestión de la protección jurídica⁴. La categoría de las RSE me interesa abordarla para el caso chileno desde la óptica del segundo problema: el de los derechos fundamentales. Es aquí donde quizás tenga más fruto el análisis de las RSE, por cuanto los titulares de derechos fundamentales que se encuentran en una relación jurídica de este tipo, experimentan una tensión constante entre la función que deben cumplir exigida por la finalidad de cada RSE y los derechos fundamentales. Con este trabajo pretendo contribuir a esa labor que implica la construcción de una dogmática general de los derechos fundamentales en nuestro país.

³ DIEZ-PICAZO, L. M. 2003. Sistema de derechos fundamentales. Madrid, Thomson/Civitas, p. 119.

⁴ Por todos, el artículo seminal de GALLEGO, A. 1961. Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la Administración. Revista de Administración Pública (34): 11-12. Este trabajo fue el primero en la dogmática española en tratar las RSE.

Aunque el concepto sea desconocido en la doctrina nacional, parafraseando a García Macho, sí existen en nuestro ordenamiento jurídico funcionarios públicos, soldados, estudiantes y presos sometidos al ámbito de la Administración, quienes ven restringidos sus derechos fundamentales⁵. Además, aparte de estas RSE ‘clásicas’, con el advenimiento del Estado de Compromiso podríamos encontrar RSE ‘modernas’ como las relaciones hospitalarias, de seguridad social, y los colegios profesionales⁶. Por ende, la relevancia práctica del asunto salta a la vista, y lo ilustra dicho autor de la siguiente forma:

Conforme a esta lista no exhaustiva, se evidencia que *el ciudadano a lo largo de su vida, de forma permanente, está vinculado a una institución sujeta a una relación de especial sujeción*. En estas condiciones, si la Administración pudiese actuar con libertad en ese ámbito y ser autorresponsable, el administrado o ciudadano no gozaría de ninguna seguridad jurídica y no podría hablarse de la existencia de un Estado de Derecho. En las últimas décadas la Administración y el individuo se han aproximado progresivamente, de tal forma que en la actualidad la relación Estado-ciudadano se caracteriza por la dependencia de este último de las prestaciones estatales en sus diversas manifestaciones.⁷

⁵ García Pino ha señalado que el no desarrollo de esta noción en Chile no significa en caso alguno la inexistencia de las relaciones especiales de sujeción en nuestro derecho. GARCÍA, G. 2004. La Reserva Legal de Derechos Constitucionales: ¿Poder Legislativo contra la Administración? Colección de Investigaciones Jurídicas Universidad Alberto Hurtado (5):185.

⁶ GALLEGO (n. 4):17 quien señala que esta distinción entre clases de RSE viene de Ermacora, quien habla de RSE patrimoniales y modernas agregando en las últimas al consumidor de un servicio de utilidad pública como el gas, el agua y la electricidad.

⁷ GARCÍA M., R., 1992. Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española. Madrid, Editorial Tecnos, pp. 18, 50, 75. Las cursivas son mías.

Este trabajo será dividido de la siguiente manera. En primer lugar, se verá la evolución histórica de la categoría así como de los diversos escenarios jurídicos en que se ha desarrollado. En segundo lugar, se discutirá sobre la evaluación actual que existe sobre su utilidad como categoría dogmática y la posible relevancia de introducirla en nuestro derecho constitucional, dado que ha sido desarrollada en el derecho comparado y, por tanto, resulta ajena a nuestra tradición jurídica. Finalmente, bajo el alero de la Constitución chilena se intentará identificar aquellos supuestos en los cuales un titular de derechos fundamentales se encontraría sometido a una relación de sujeción especial, y en particular, se analizará la jurisprudencia y doctrina que resulte relevante en aquellas posibles hipótesis.

Los otros dos problemas que tradicionalmente se han identificado en el tratamiento de las RSE no serán tratados por distintas razones. Respecto a la protección jurídica, en el origen de esta categoría se señalaba que en ellas se producían áreas de no derecho, por lo que resultaba necesario hacerse cargo de las razones que impedían la justiciabilidad de las vulneraciones de los derechos que se presentaren en una RSE. Hoy en día ello no tiene cabida en el Derecho Administrativo o Constitucional, y nuestro ordenamiento jurídico no es la excepción. La Constitución chilena contempla diversas acciones

constitucionales que resguardan los derechos fundamentales allí consagrados. Esto no quiere decir que el sistema de control de las RSE sea perfecto, pero nadie duda de la existencia de dicho control, que vendría exigido por la estructura propia de los derechos fundamentales. Así lo señala Alexy: *“la existencia de un derecho no puede depender exclusivamente de la justiciabilidad, cualquiera sea la forma como se la describa; lo que sucede, más bien, es que cuando existe un derecho éste es también justiciable”*⁸.

Respecto a la validez de la reserva legal y del principio de legalidad en las RSE, en Chile existe debate doctrinal y jurisprudencial sobre ambos en el ámbito de los derechos fundamentales (aunque no se ha mencionado a las RSE), y se podría ilustrar el estado actual de la cuestión señalando que la disputa no está en el aspecto relacionado con la legitimidad de la potestad reglamentaria para regular derechos, sino que se produce una vez reconocida la legitimidad de dicha potestad. La actual discusión consiste *“en determinar cuál es el margen o el ámbito de su intervención. La discusión no es si se puede o no regular, sino cuánta regulación le es posible sin exceder o contravenir la ley que ejecuta. Nuestra doctrina y jurisprudencia tiene mucho*

⁸ ALEXY, R. 1997. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 496.

avanzado”⁹. Este trabajo no innovará sobre esta discusión, aunque en algunas cuestiones se hará mención al problema dado que las RSE han sido concebidas por nuestra doctrina como uno de los casos en que se encuentra la problemática sobre la pertinencia y uso de normas reglamentarias en colaboración con las reservas legales limitativas, así como sus posibles inconstitucionalidades¹⁰.

⁹ CARMONA, Carlos. 2002. Un nuevo estadio en la relación Ley-Reglamento: el ámbito del reglamento. *Revista de Derecho Público* Tomo II 63:154.

¹⁰ GARCÍA, G. (n. 5):186.

II. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN DE LAS RELACIONES DE SUJECIÓN ESPECIAL

El concepto de RSE estuvo ligado a una determinada forma política en un período histórico de transición, en el cual se enfrentaban dos principios: el monárquico y el de soberanía popular (también denominado constitucional o democrático). Resulta relevante conocer la historia de la institución por cuanto, como señalaba Malz, el concepto de RSE tiene virtualidades distintas según cada época.¹¹

¹¹ LASAGABASTER, I. 1994. Las relaciones de sujeción especial. Madrid, Civitas, p. 26.

II.1. Las Relaciones de Sujeción Especial con anterioridad al Estado constitucional

Como se ha señalado anteriormente, el concepto de relaciones de sujeción especial fue desarrollado originalmente en Alemania. Su origen puede encontrarse en el contexto de la antigua Germania, en la cual se distinguían dos de los grupos que tradicionalmente se señalan como RSE, los funcionarios y los soldados. Estos dos grupos de personas se veían sometidos a una relación de vasallaje, que se concretaba en una relación de servicios voluntaria en la cual el vasallo ponía su puesto de trabajo a disposición del señor feudal. Esta relación se concretizaba a través de una ceremonia solemne en la cual el vasallo realizaba una promesa de fidelidad a cambio de la protección armada que el señor le brindaría. Si el vasallo no cumplía con su función, quedaba en situación de ilegalidad.

Con el advenimiento del absolutismo, las relaciones de vasallaje pasaron de ser un servicio indirecto para el Estado, a uno directo. Ahora el rey encarnaba la soberanía y tenía bajo su poder a una enorme masa de súbditos sometidos al poder del Estado. Bajo esta nueva perspectiva se puede formular

un nuevo distingo, que la doctrina hoy en día realiza, entre relaciones de sujeción general y relaciones de sujeción especial. Las primeras reflejan la situación de sujeción de cualquier súbdito al poder del Estado, y las segundas de sólo algunos de ellos, en especial los soldados y funcionarios. Esta distinción es netamente formal si se tiene presente que el súbdito no tenía una esfera de libertad frente al Estado y de capacidad real para interponer acciones jurídicas frente a su poder.

Con la Revolución Francesa se sentaron las bases del Estado constitucional, siendo uno de sus pilares la igualdad de todos los ciudadanos.

Así describe este cambio la filósofa Hannah Arendt:

La Declaración de los Derechos del Hombre a finales del siglo XVIII fue un momento decisivo en la Historia. Significaba nada más ni nada menos que a partir de entonces la fuente de la Ley debería hallarse en el Hombre y no en los mandamientos de Dios o en las costumbres de la Historia. Independiente de los privilegios que la Historia había conferido a ciertos estratos de la sociedad o a ciertas naciones, la declaración señalaba la emancipación del hombre de toda tutela y anunciaba que había llegado a su mayoría de edad.

Más allá de esto existía otra implicación de la que los formuladores de la declaración sólo fueron conscientes a medias. La proclamación de los derechos humanos tenía que significar también una protección muy necesitada en la nueva era, en la que los individuos ya no estaban afianzados en los territorios en los que habían nacido o seguros de su igualdad ante Dios como cristianos. En otras palabras, en la nueva sociedad secularizada y

emancipada, los hombres ya no estaban seguros de esos derechos humanos y sociales que hasta entonces se habían hallado al margen del orden político y no garantizados por el Gobierno o la Constitución, sino por fuerzas sociales, espirituales y religiosas. Por eso, a lo largo del siglo XIX, la opinión general era que los derechos humanos habían de ser invocados allí donde los individuos necesitaban protección contra la nueva soberanía del Estado y la nueva arbitrariedad de la sociedad¹².

Pero ello sólo sería promovido en las esferas de sujeción general. Aunque el constituyente revolucionario francés de 1791 declaraba la libertad bajo la fórmula clásica de que ella consistía en poder hacer todo aquello que no dañe a otros, y que la configuración de los límites a la misma quedaba en manos del legislador, la propia Revolución fortaleció aún más el poder central, fenómeno propio del Estado moderno, el cual requería de una Administración que empleara la mayor cantidad de individuos posible¹³. En este contexto, bajo el reinado de Federico Guillermo I, se desarrollaría en Prusia una verdadera organización funcional al servicio del Estado. Esta relación no sería de índole contractual, regulada por el derecho privado, sino que sería concebida como una relación profesional de servicio al Rey en cuanto representante del Estado.

¹² ARENDT, H. 2006. Las perplejidades de los Derechos del Hombre. *Estudios Públicos* (102): 284-285.

¹³ Vinculado a lo recién señalado, se ha dicho lo siguiente sobre la Declaración de los Derechos del Hombre: “[L]a *Declaración* de derechos de 1789 no era, en sí misma, más que una promesa de juridicidad todavía desprovista de eficiencia jurídica; sin embargo, preveía explícitamente que el trabajo constitucional y legislativo tenía por misión cumplir esta promesa”. GOYARD-FABRE, S. 1994. Los derechos del hombre: orígenes y prospectiva. *En* SAUCA, J. (Ed.). *Problemas actuales de los derechos fundamentales*. Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, p. 49. Cursivas en el original.

En el siglo XVIII, imbuidos por las ideas de la Ilustración, se producirían diversos movimientos codificadores, que en el caso del Estado de Prusia se concretarían en 1794. Entre ellos se recogería el derecho disciplinario de los funcionarios y militares. La doctrina alemana (Wacke, Scheffer) considera que en dicho Código se encontraría por primera vez un concepto de la institución. En efecto, el artículo 2º del Código general de leyes prusiano señalaba lo siguiente: “los militares y funcionarios están sometidos a un deber de lealtad y obediencia *especiales* a sus supremos jefes, además de sus deberes *generales* como súbdito”. Comenta García Macho que en esta definición, “*de forma nítida se marcan las diferencias entre los deberes generales que como súbditos corresponden a los funcionarios y los deberes específicos que como tales funcionarios enmarcados en una relación de especial sujeción les corresponden*”¹⁴.

¹⁴ GARCÍA (n. 7), p. 28. La cita al Código está tomada de esta obra. La doctrina de la obediencia, en especial la de los militares, se puede rastrear desde el siglo XIV: “*La teoría y la práctica del Estado moderno —y nos remontamos entonces a sus orígenes en el siglo XIV— establecen que la obediencia debida al soberano es análoga a la del brazo a la cabeza, sede de la voluntad racional. La soberanía es el alma del cuerpo político y, por lo mismo, su razón, y sus fuerzas armadas son el instrumento bélico que asegura la mantención de la independencia y la integridad territorial*”. GODOY, Ó. 1996. ¿Pueden las Fuerzas Armadas ser garantes de la democracia? Estudios Públicos (61): 287-288.

II.2. Las Relaciones de Sujeción Especial bajo la monarquía constitucional

Cuando se habla de Monarquía constitucional a lo que se está refiriendo es a la situación institucional del Rey, quien, aunque mantiene su poder, ya no lo ejerce ilimitadamente, sino que se encuentra limitado por la Constitución y no al margen de ella. El poder soberano se encuentra limitado por los derechos de los individuos y por sus órganos representativos. El antecedente alemán de la monarquía constitucional se encuentra en el establecimiento de la Constitución francesa de 1814, momento en el cual se produjo tensión entre dos principios:

Las circunstancias que marcan el nacimiento de la *Charte* dan origen a una división partidista, y también, eventualmente, a un descontento generalizado con esa Constitución. Por una parte, a los monarquistas no les satisface la *Charte* porque introduce una monarquía *constitucional*, que ata al monarca de manos y deroga la prerrogativa que le concedía el *ancien régime*. Tal como es definida por el Senado francés luego del derrocamiento de Napoleón, la monarquía constitucional se legitima por una Constitución preexistente y por un pacto social. La *Charte* evoca en los monarquistas reminiscencias de la fatídica Constitución democrática del 91. Los liberales, por otra parte, quedan descontentos porque la *Charte* introduce una *monarquía* constitucional. Les parece que una constitución otorgada por decreto real es el resultado de un '*coup d'Etat*' que efectivamente despoja al pueblo de su soberanía, y no evoca en ellos

reminiscencias de la Constitución del 91 que miran con nostalgia¹⁵.

La influencia de la Constitución francesa de 1814 y de la monarquía constitucional durante esta etapa de transición en Alemania, provino especialmente del pensamiento y obra de Hegel, quien la percibía como “‘*un faro’ construido sobre una forma permanente*”¹⁶. Por lo tanto, también se produjo una tensión constante entre ambas posiciones, las que han sido tratadas por la doctrina como principios. El *principio monárquico* se caracteriza por la primacía del Rey o de los príncipes sobre la representación popular; primacía que sería política y constitucional. Esto es propio de la monarquía alemana, por cuanto en Francia y en Inglaterra el Parlamento era el órgano constitucional que primaba por sobre la persona del monarca. Esta situación no se vería alterada por la constitución del Reich de 1871. Se establecieron dos bloques diferentes, el Rey con su Administración (principalmente funcionarios y ejército) y por otro el Parlamento como representante del pueblo¹⁷. El *principio constitucional*, enraizado en las ideas

¹⁵ CRISTI, R. y RUIZ-TAGLE, P. 2006. La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo Republicano. Santiago, LOM, pp. 47-48.

¹⁶ CRISTI y RUIZ-TAGLE (n. 15), p. 50

¹⁷ Se ha señalado que las monarquías, como la de Prusia, intentaron construir una organización alternativa respecto a la heredada de los siglos anteriores, “basada no ya sobre el ‘oficio’, sino sobre la ‘comisión’: es decir, no sobre una delegación permanente y jurídicamente definida del poder, sino sobre un simple título procuratorio revocable en todo momento, que hacía del encargado una especie de *longa manus* del soberano. [...] En conclusión, en el ámbito de algunas experiencias europeas comienza a existir una administración ejecutiva (aunque sus dimensiones son reducidas y sus canales de reclutamiento permanecen durante mucho tiempo indiferenciados respecto a los propios de las organizaciones más antiguas). Sin embargo, su presencia

del constitucionalismo francés e inglés, partía de la base de que el titular de la soberanía era el pueblo, y por ende, el Rey se encontraría limitado y sería tan sólo representante del pueblo, y no de la soberanía. La doctrina también denominaría a este principio como democrático¹⁸.

La constante tensión que implicaría la contraposición de estos principios llevaría a la doctrina (Waldecker) a desarrollar la ficción de que el soberano sería el Estado, como un órgano autónomo del parlamento y del rey. El Estado no estaría constituido por la asociación de individuos que defienden sus propios intereses, sino que sería una unidad. Por ello, cuando el individuo actuaba en la esfera del Estado, no gozaba de una personalidad jurídica autónoma de él, sino que formaba parte del mismo; en cambio, si lo hacía en su esfera privada, gozaba de derechos y obligaciones. En una esfera, era objeto de derecho, y en la otra, sujeto de derecho. Basado en lo anterior, se

no es reconocida constitucionalmente según las formas que serán propias del Estado contemporáneo, y esto por el simple hecho de que el sistema, por sus raíces culturales, continúa negándole autonomía al poder ejecutivo respecto del judicial. [...] Finalmente, en un plano más profundo la monarquía administrativa del siglo XVIII continúa ofreciendo una diferencia inconmensurable respecto a un auténtico Estado administrativo, precisamente porque se ve todavía como una suma de otras sociedades. La tarea de la nueva organización consiste en desarrollar con mayor eficiencia y confianza política las funciones de la antigua, es decir, disciplinar desde fuera la vida de los cuerpos intermedios que se perciben todavía como las células primarias del ordenamiento. Estamos en el ámbito de una concepción *reguladora* y no *activa* de la política, como prueba el constante protagonismo del concepto-término de 'policía', entendido como actividad dirigida a orientar a los sujetos hacia el decálogo de sus deberes naturales". MANNORI, L. y SORDI, B. 2004. Justicia y Administración. En FIORAVANTI, M. (Ed.). El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho. Madrid, Trotta, pp. 74-76. *Cursivas en el original.*

¹⁸ GARCÍA (n. 7), pp. 31-32. "*En Inglaterra (como en Francia o España) está en curso el intento de construir un poder soberano fuerte y centralizado, capaz de superar el particularismo medieval; en Inglaterra este intento fue fuertemente combatido por una institución, el Parlamento, que aparece como custodio, al mismo tiempo, de sus propias prerrogativas y de los derechos de los súbditos*". COSTA, P. 2004. Derechos. En FIORAVANTI (n. 17), pp. 48-49. Destacado del autor.

comienzan a desarrollar instrucciones administrativas, actos singulares, que no tendrían carácter jurídico, aunque sí obligaban a los individuos que se encontraban dentro de esa esfera interna del Estado. En la esfera externa del Estado, lo que serían las esferas propias de las relaciones de sujeción general, se produciría *“la esencia del problema constitucional”*, el cual *“consistía en armonizar al Estado, con su autoridad y, al individuo, con su libertad”*¹⁹. En cambio, en las RSE no se plantearía dicho conflicto por cuanto la relación jurídica entre Estado-funcionario, Estado-militar, Estado-presos, no existiría, concibiendo al sujeto como una unidad que formaba parte del Estado. Esta clasificación permite entender la relación que se da entre ambos tipos de sujeción, donde las relaciones de sujeción general serían presupuesto necesario de las relaciones de sujeción especial. Ello explica que estas últimas también sean conocidas como relaciones de doble sujeción.

¹⁹ AMUNÁTEGUI, G. 1956. Principios generales de Derecho Constitucional. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 303. Esta idea tiene antecedentes en la filosofía de David Hume, quien señalaba lo siguiente: *“En todos los gobiernos se da una perpetua lucha intestina, abierta o secreta, entre autoridad y libertad, y en esta competencia ninguna de las dos puede prevalecer de modo absoluto. Todo gobierno ha de hacer necesariamente un gran sacrificio de la libertad; pero la autoridad que limita la libertad no puede nunca, ni quizá debe, en ninguna constitución, llegar a ser total e incontrolable”*. HUME, D. 1998. Selección de escritos políticos de David Hume. Estudios Públicos (71):387.

El área interna de la Administración sería un área de no-derecho durante esta época, quedando al margen de la regulación de la ley, donde el poder ejecutivo ejercía su potestad sin restricciones legales²⁰. Desde un punto de vista positivo, todo lo que no afectara ni a la libertad ni a la propiedad era visto como ámbito de competencia del Ejecutivo. Y la consecuencia de esto lo grafica García Macho de la siguiente forma: *“Es claro que cuando se afecta a las relaciones de los funcionarios, soldados, alumnos, etc., y asimismo a los establecimientos públicos (hospitales, centros de beneficencia, etc.), la competencia corresponde al poder ejecutivo, y las normas internas dictadas se ajustan a los objetivos y necesidades estatales, sin consideración del principio de legalidad o de la existencia de normas jurídicas”*²¹. Esta fórmula entre reserva legal y la cláusula libertad-propiedad permitió una solución de compromiso entre los dos principios en disputa, en cuanto el principio monárquico fundaba la soberanía del orden político y el principio democrático hacía lo propio con el reconocimiento de la ley como principal fuente de derecho. De esta forma se limitaba el poder originario, genérico y residual que

²⁰ Aunque no se refiere a las RSE, esta idea de no-derecho puede complementarse con aquella más conocida desarrollada por Jean Carbonnier. *“El no-derecho, si hay que dar de él una primera aproximación, es la ausencia de derecho en cierto número de relaciones humanas, en que el derecho tenía una vocación teórica bastante para estar presente. [...] Cuando hablamos de no-derecho es, pues, lícito entender no el vacío absoluto, sino una baja más o menos considerable de la presión jurídica.[...] Lo esencial de la hipótesis del no-derecho es el movimiento del derecho hacia el no-derecho, el abandono por el derecho de un terreno que ocupaba o que hubiera sido de su competencia ocupar. El no-derecho es, en lo que tiene de más significativo, es la reducción o la retirada del derecho.”* CARBONNIER, J. 1974. Derecho Flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho. Madrid, Tecnos, pp. 33-35.

²¹ GARCÍA (n. 7), p. 37.

poseía el monarca, dado que la habilitación legal lo obligaba a compartir la potestad legislativa. La evolución de dicha cláusula y la ampliación del concepto de libertad personal llevaría a fortalecer la noción de garantía de la reserva y permitió su extensión a otras manifestaciones de la libertad, supliendo la ausencia de derechos constitucionales; ello conduciría a que “*un instrumento como la ley se identificó con una sustancia implícita en el orden constitucional alemán: los derechos fundamentales*”.²²

II.3. El concepto en la doctrina alemana

El Derecho Administrativo, en particular el alemán, fue fundado sobre bases *conceptualistas*. Se señala que la publicística alemana del siglo XIX, en particular Gerber, Laband y Jellinek, trasladó la catedral conceptual del derecho privado al derecho público. Dichos intentos comenzaron por la aplicación del concepto de persona jurídica al Estado, para luego traducir las relaciones de poder entre el Estado y los ciudadanos en relaciones jurídicas propiamente tales, y con ello la tradicional teoría del Estado se asentaría desde una perspectiva jurídica descontaminándola de aquellos elementos políticos,

²² GARCÍA, G. (n. 5): 66.

sociales y filosóficos.²³ Además, se puede agregar que el nuevo postulado del Estado como persona jurídica constituiría el ataque más relevante, en el plano intelectual, contra la constitución monárquica del Estado. La persona del monarca se identificaba con el Estado, pero al concebir a este último como persona jurídica, el monarca pasó a ser considerado un órgano más, y sus derechos señoriales se convertirían en facultades definidas y limitadas por la Constitución.²⁴

Teniendo presente lo anterior, en esta época se produjeron los primeros intentos doctrinales relativos a las RSE, alcanzando su apogeo con Otto

²³ MONTT, S. 2005. Codificación y futuro de la educación jurídica en Chile: El caso irremediable, pero liberalizador del Derecho Administrativo. En MARTINIC, M. D. Y TAPIA, M. (Eds.). Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación. Tomo I. Santiago, Lexis Nexis, p. 274, quien señala que el otro elemento fundante del Derecho Administrativo sería el *realista*, aportado por la doctrina francesa, personificada principalmente en Duguit y Hauriou, a su vez fundadores de la sociología del Derecho.

²⁴ *“No puede afirmarse sin más que la teoría del Estado como persona jurídica fuese concebida desde el primer momento como un ataque al principio monárquico. La rápida difusión de la teoría se explica teniendo en cuenta cuál era el principal objetivo perseguido por la Ciencia del Derecho Público al comienzo del constitucionalismo, vencedor por medio de la Constitución prusiana de 1850. Tal objetivo era la juridificación del Estado, la conversión de las relaciones de dominación entre Estado e individuo en relaciones jurídicas, lo más recíprocas que fuera posible. Los servicios que podía prestar la teoría del Estado como persona jurídica a la realización concreta de tal intención fueron extraordinarios: la teoría trajo consigo una concepción específica del Estado de derecho”*. FORSTHOFF, E. 1975. El Estado de la sociedad industrial. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, pp. 13-14. Esta concepción específica sería conocida como Estado de Derecho material, esto es, como el Estado que realiza los principios de la razón en y para la vida en común de los hombres. El núcleo de este concepto reside en que la razón de ser del Estado consiste en garantizar la libertad y la propiedad de los ciudadanos y en promover el interés común de los individuos. Los conceptos que en esa época se contrapondrían serían los de despotismo o teocracia, y no los de monarquía o aristocracia. BÖCKENFÖRDE, E. W. 2000. Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia. Madrid, Trotta, pp. 19-22.

Mayer. Antes de que dicho autor desarrollara su concepción, se identificaron diversos aspectos de las RSE. Se señaló que la relación jurídica que se producía en esos casos resultaba similar a la patria potestad que ejercen los padres sobre el hijo, y en ambas relaciones su característica sería la situación de desigualdad entre el titular del poder y las personas sometidas a éste. Otros señalaban que el sometimiento general de los ciudadanos quedaba bajo el poder del Estado, en cambio el sometimiento especial de aquellos que integraban una RSE quedaba bajo el poder del gobierno. Respecto a quiénes quedarían bajo una RSE, autores como Rosin incluían no sólo a los servidores del Estado, como serían los funcionarios y militares, sino que extendían la categoría a las corporaciones de Derecho Público. Por último, podríamos decir que Laband trasladó las relaciones de servicio entre señor y vasallo a las RSE, al señalar que entre el funcionario y el Estado se configuraba una relación contractual (en la monarquía se hacía una ceremonia de fidelidad), pero en caso de incumplimiento ello no constituía una violación de la ley del contrato sino una falta administrativa, sancionable disciplinariamente por las obligaciones de lealtad y obediencia, mas no con la ejecución forzada o por equivalencia del contrato.²⁵ A cambio, el Estado protegería al funcionario, al

²⁵ Según Gallego, Laband sería el primero en emplear con éxito el concepto, pero tendría sus orígenes en Schmitthener quien distinguía entre una relación en la que existía una pretensión jurídica de aquella que estaba determinada por la existencia de un deber de carácter estatal. GALLEGO (n. 4): 13. También LASAGABASTER (n. 11), pp. 41-42.

igual que lo hacía el señor feudal. Al asimilarse a un contrato, señalaba Laband, existirían al menos dos elementos propios de las RSE. Un elemento voluntario, que daría inicio a la relación al momento de celebrar dicho contrato. Y un elemento obligatorio, constituido por las obligaciones ya señaladas de lealtad y obediencia. Entre ambos elementos, es el obligatorio el que prevalecería por la vía del poder disciplinario de la Administración. Pero no todas las RSE nacerían en forma voluntaria, como es el caso del servicio militar obligatorio, por cuanto aquí el sometimiento a una RSE es impuesto por la ley. Pero respecto al contenido de la RSE no existiría diferencia entre quien voluntariamente se incorpora al ejército, de quien se ve sometido en cumplimiento de una obligación legal –mejor dicho un deber legal–, como sería cumplir con el servicio militar obligatorio.

Fue Otto Mayer con quien el concepto no sólo alcanzaría un mayor desarrollo, sino que a su vez se abriría paso en la esfera del Derecho Administrativo²⁶. Mayer señalaba que siempre que existiera una relación del Estado con un súbdito, nos encontraríamos con una relación de sometimiento, con lo cual expandiría a tal punto las relaciones de sujeción que difícilmente existirían relaciones de derecho privado. Con posterioridad restringiría el

²⁶ LASAGABASTER (n. 11), p. 42.

ámbito del concepto a la relación funcionarial, al servicio militar y a la nacionalidad, llegando a incluir a los establecimientos públicos, en especial el servicio de correos. Pero mantendría una cierta extensión en el concepto por cuanto cualquier persona que entrare en esos establecimientos en forma ocasional quedaría sujeta a una RSE, distinta eso sí a la de los soldados o funcionarios.

En Mayer se pueden encontrar los dos principales problemas de las RSE. En primer lugar su relación con la reserva de ley y con el principio de legalidad. Si no se afectaba estrictamente ni la libertad ni la propiedad, el poder ejecutivo tendría libertad de actuación o discrecionalidad, por cuanto no requeriría de una ley previa que justificara su actuar²⁷. El otro problema, quizás no tan específicamente tratado pero indirectamente con la eliminación de la garantía constitucional de reserva de ley, sería la existencia de derechos subjetivos públicos –en la terminología de la época– en esta esfera. Este aspecto resulta muy interesante por cuanto si el origen de la RSE se produce por el consentimiento del sometido, implicando una verdadera renuncia –

²⁷ “En Europa, durante todo el siglo XIX, el principio de legalidad es ‘el alfa y omega’ de los derechos individuales: los derechos comienzan y acaban con el principio de legalidad. Ello es tanto como decir que los derechos valen lo que vale el principio de legalidad, ni más ni menos. Lo cual puede ser mucho; a efectos prácticos, tanto o más que algunos principios de constitucionalidad. Pero esa no es la cuestión; la cuestión es que el principio de legalidad no nos resulta por sí mismo suficiente para hablar de ‘derechos fundamentales’. Tendremos ‘libertades públicas’ en Francia y ‘derechos públicos subjetivos’ en Alemania; pero no tendremos ‘derechos fundamentales’”. CRUZ V., P. 1989. Formación y evolución de los derechos fundamentales. Revista Española de Derecho Constitucional (25):51.

quizás tácita— de sus derechos subjetivos públicos, se reemplazaría la necesaria autorización de la ley con la voluntad del sometido. Como ejemplo de esto señala dicho autor el nombramiento para un empleo público. Pero al mismo tiempo Mayer cuestiona si la sumisión del sujeto puede legalizar cualquier tipo de carga o cualquier restricción a la libertad que por medio de un acto administrativo se quisiera imponer, aunque para ello recurre al derecho privado, cuando señala que *“los actos administrativos por sumisión se restringen a las cargas, obligaciones y cesiones que, según nuestros usos, podrían ser igualmente impuestos por un contrato de derecho civil. [...] En cuanto al contenido del acto no pudiera constituir la materia de un contrato civil, la sumisión se consideraría insuficiente para reemplazar una autorización de ley; en consecuencia, el acto administrativo no sería válido”*²⁸.

Lo anterior lo señalaba Mayer atendiendo a la fuerza obligatoria del acto administrativo. Por ello, más adelante en su obra, realiza una clasificación de los diferentes actos administrativos refiriéndose en forma más explícita a las RSE. Señala Mayer dentro de su clasificación que existirían *decisiones*, por un lado, y *disposiciones*, por otro. Las primeras son actos administrativos

²⁸ MAYER, O. 1982. [Derecho Administrativo alemán](#). 2a. ed. inalterada. Buenos Aires, Depalma, Vol. 1, p. 130.

de contenido jurídicamente regulado. La obligación encontraría su origen en una regla de derecho aplicable al caso, en un acto administrativo anterior que simplemente se busca ejecutar, o en un derecho subjetivo cuyos efectos requirieran ser reconocidos y declarados. Y todos los otros actos administrativos, según Mayer, serían *disposiciones*, teniendo como ingrediente común que el órgano que los dicta puede proceder por su propia voluntad para determinar las condiciones de la relación jurídica, existiendo, por ende, plena discrecionalidad. Pero no todas las disposiciones serían iguales y se distinguirían según su importancia. Algunas crean una relación jurídica totalmente nueva, otras las desarrollan sobre la base de su existencia previa. Y aquí cesaría toda posible similitud, por cuanto la disposición serviría para hacer valer el poder general que la autoridad debe ejercer sobre el súbdito en virtud del vínculo previo. Mayer señala entonces lo siguiente:

Hay en el derecho público una clase especial de relaciones que contienen un poder general a favor de la autoridad: se les ha dado el nombre de relaciones de sujeción particular (*Gewalterverhältniss*). El acto administrativo que se cumple para hacer valer sobre el individuo el vínculo de sujeción y extraer las consecuencias, se llama *instrucción*. El principal ejemplo es la instrucción que se dirige a los funcionarios; pero no es el único²⁹.

²⁹ MAYER (n. 28), pp. 132-134. Cursivas en el original.

Con ello, se puede percibir que su planteamiento descansa sobre la distinción entre relaciones de sujeción general y relaciones de sujeción particular (RSE). Con mayor detalle señala después el punto de la obligatoriedad de los actos administrativos en las RSE, cuando plantea que las disposiciones comprendidas en ese campo, principalmente instrucciones que se emiten para un conjunto colectivo de personas en esta esfera (reunidos en reglamentos de servicio y estatutos), no tienen fuerza obligatoria de ley. Sólo actúan con fuerza obligatoria propia en las RSE, siendo obligatorios para los individuos allí sometidos. Al parecer, las obligaciones que el Estado podría imponer –ese registro de sensaciones agradables y desagradables que el Estado puede causarnos diría Mayer– cuando nos afectan en nuestra calidad de ciudadanos, estarían basadas en una *obligación general de obedecer*. Aunque uso la voz ciudadano, Mayer habla de súbditos.

Mayer define sujeción más adelante en su obra cuando trata sobre los derechos públicos subjetivos, caracterización que será desarrollada en la tercera edición de su *Derecho Administrativo Alemán*, de 1924. En la segunda edición la define de la siguiente forma: “*vínculo de dos personas desiguales desde el punto de vista del derecho, cuyo contenido lo determina la voluntad*

de la persona superior”³⁰. Aclara, eso sí, que, aunque existe sujeción entre el súbdito y el Estado, lo que él designa como sujeción se refiere principalmente a aquella creada especialmente para un súbdito o para una pluralidad de súbditos. Esta relación jurídica de derecho público permite al Estado darle órdenes detalladas. Y aquí se puede encontrar el aspecto que los autores posteriores destacan respecto a la esfera de no-derecho en las RSE. Mayer señala que si se emiten en forma de regla general, afectando a los súbditos por la obligación general de obedecer, emanarían de una autoridad específica. Pero si la orden es especial, en el sentido de que regula una RSE, entonces forma parte del derecho de mando de los empleados del servicio público.

En la tercera edición de su obra, bajo el imperio de la Constitución de Weimar, la doctrina considera que Mayer logra una mejor comprensión de su idea de RSE. Al tratar sobre los actos administrativos, vuelve sobre la instrucción como un tipo de acto administrativo que se produce en el seno de una RSE.

Se designa como relación de sujeción la dependencia jurídica, en su sentido más amplio, en la que se encuentra el súbdito frente al Estado. Cuando aquí se habla de relación especial de sujeción, se hace entonces referencia a esa *acentuada dependencia que se*

³⁰ MAYER (n. 28), pp. 136-137, 144.

*establece, en favor de un determinado fin de la Administración Pública, para todos aquellos que entren en esa prevista estructura especial. Ejemplo de esto es el poder, por razón de servicio, sobre los funcionarios, el poder de vigilancia sobre los usuarios de determinadas instalaciones de Aduanas y del régimen fiscal, el poder institucional sobre todo aquello que entra en la empresa del poder público.*³¹

El otro logro de Mayer además de realizar la primera conceptualización más completa de la institución, sería el situar las relaciones entre el Estado y los súbditos en clave jurídica, diferenciando, sin limitarse a una categoría determinada, entre relaciones de sujeción general existentes entre Estado y súbditos de aquellas de sujeción especial propias de la esfera interna del Estado. Señala Lasagabaster que al existir en las RSE una acentuada dependencia se produciría un *“debilitamiento de ciertas categorías jurídicas, establecidas precisamente para garantizar los derechos de libertad de los ciudadanos, léase el principio de legalidad, o la potestad sancionadora de la administración en relación con sus funcionarios, situación, dicho sea de paso, que se sigue manteniendo en la actualidad”*³².

³¹ MAYER, O. 1961. Deutsches Verwaltungsrecht. 3.ª edición. Berlín, Duncker y Humblot. Vol. II, pp. 101-102, traducido por GALLEGO (n. 4):14. Las cursivas son mías. Según Mayer, la RSE significa siempre un estado de libertad restringido en el cual el afectado se debe ajustar a lo que exija el fin de la Administración Pública.

³² LASAGABASTER (n. 11), p. 42

La doctrina que seguiría a Mayer planteaba que la esencia de la institución de las RSE se encontraría más bien en el hecho de que el individuo no conociera *a priori* la conducta que se le fuera a exigir, sino que ella dependería exclusivamente de la sola voluntad del titular del poder³³. Kahn postularía su propia definición entendiendo por RSE aquella “*relación de autoridad y subordinación en virtud de un poder especial*”. Agregaba que a dicha relación se puede entrar voluntaria como involuntariamente³⁴. La doctrina tendería a evolucionar desde la amplitud del no-derecho hasta matizar algunos límites a la autoridad bajo la cual quedaban sometidos los individuos.

Desde la óptica de los derechos fundamentales se proclamaría su inexistencia en la esfera de la administración del Estado, y específicamente en las RSE. Como lo central en esta esfera era la institucionalidad y no sus miembros, con ello faltaba un presupuesto esencial para que los derechos fundamentales produjeran efecto: la relación jurídica en la cual existe al menos un sujeto activo o titular del derecho y uno pasivo.

³³ Esto lo plantearía Kahn, quien también ampliaría la titularidad de este poder más allá del Estado, como en el caso de los padres y empresarios. Con ello desvirtuaría en parte el concepto de RSE al extenderlo más allá del ámbito estrictamente estatal. GARCÍA (n. 7), p. 44. resulta interesante destacar que para Kahn el individuo no se encontraba sometido ciegamente al poder de la Administración, sino que tendría derecho a controlar si la orden que recibía se mantenía dentro de los límites establecidos, como sería el caso de la infracción de órdenes superiores, si ella fue dictada por el titular competente o si respetó las formalidades establecidas. GARCÍA (n. 7), p. 44.

³⁴ KAHN, P. 1912. Das besondere Gewaltverhältniss im öffentlichen Recht. Tesis doctoral. Baden-Baden, p. 10, citado y traducido en LASAGABASTER (n. 11), pp. 48-49.

A modo de resumen, se han identificado por la doctrina de esa época las siguientes características de las RSE³⁵:

- acentuada situación de dependencia, de la cual emanan determinadas obligaciones
- estado general de libertad limitada
- existencia de una relación personal
- imposibilidad de establecer de antemano extensión y contenido de las prestaciones, así como la intensidad de las necesarias intervenciones coactivas en la esfera de los afectados
- el hecho de que el individuo tiene que obedecer órdenes, las cuales no emanan directamente de la ley
- el hecho de que esta situación se explique en razón de un determinado fin administrativo
- la alusión a un elemento de voluntariedad en dicha situación de sometimiento
- el admitir, expresa o tácitamente, que la justificación de dicha relación se encuentra en la necesidad de una eficiencia y productividad administrativa.

Cabe señalar que hubo doctrina contraria a la utilización de la categoría de las RSE, por cuanto en la época anterior a Weimar existía vaguedad conceptual fruto de las diversas opiniones en torno a las posibles figuras jurídicas que se referirían a las RSE, dado el enorme número de relaciones que al principio fueron consideradas como tales³⁶. De la Escuela de Viena provinieron variadas críticas, siendo las más destacadas las esgrimidas por Adolf Merkl. En su *Teoría general del Derecho Administrativo* trata el

³⁵ GALLEGO (n. 4):25.

³⁶ GALLEGO (n. 4):14-15.

problema al desarrollar los derechos públicos subjetivos. Merkl al hablar de los deberes públicos señala que se suele distinguir entre aquellos *deberes generales* de los súbditos, que descansarían en el deber general de obediencia, y *deberes públicos especiales*, que tendrían su origen en una RSE (utiliza la voz relación especial de poder). Dentro de los primeros señala la prestación del impuesto, la defensa de la patria y los deberes de policía. De los especiales, ellos dependerían de cada relación de poder; si ella es de servicio, podemos encontrar los deberes profesionales de los funcionarios, si ella es de poder institucional, encontramos los deberes particulares de quien pertenece al ejército o a un establecimiento de enseñanza, y por último, si ella es de vigilancia, encontramos deberes originados en el sometimiento a medidas de inspección. Merkl señala que no les ve mayor diferencia a dichas categorías de deberes, “*sino es por la insignificante diferencia de la amplitud del círculo de los obligados*”. Considera irreal que cada grupo de deberes se base en distintas razones (como sería el deber general de obediencia y la RSE para cada caso), por cuanto en ambas situaciones las obligaciones y deberes nacen de normas jurídicas, sean estas leyes o normas administrativas (utiliza la voz disposiciones de policía). Si todo deber jurídico se basa en preceptos de la misma índole, bastaría comprobar la base legal inmediata de cada deber para

solucionar el problema, dado que el principio de legalidad sería, según Merkl, instrumento suficiente y necesario.³⁷

II.4 Las RSE y los derechos fundamentales en las Constituciones de Weimar y Bonn

La Constitución de Weimar y la revolución que la precedió, significaría el triunfo del principio constitucional por sobre el principio monárquico, aunque continuarían las tensiones entre ambos³⁸. El Parlamento sería el representante del pueblo soberano. Además, la Constitución consagraría un extenso catálogo de derechos fundamentales en cincuenta y siete artículos

³⁷ MERKL, A. 1935. Teoría general del Derecho Administrativo. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, p. 175. Señala más adelante que si se va a hablar de deber general de los súbditos o general de sujeción, podría hablarse de un derecho público subjetivo a la obediencia ciudadana o de un derecho estatal a la obediencia del súbdito. La admisión de cualquiera de estas categorías las considera inadecuadas. Ver pp. 179-180.

³⁸ Según Schmitt, durante la Monarquía constitucional la decisión sobre quien sería el sujeto del poder constituyente fue suspendida, produciéndose un dualismo entre el Príncipe y la representación popular. Señala Schmitt que la Constitución de Weimar “*se apoya en el Poder constituyente del pueblo alemán. La decisión política más importante se halla contenida en el preámbulo: ‘El pueblo alemán se ha dado esta Constitución’, y en el art. 1,2: ‘El poder del Estado emana del pueblo’.* Estas frases indican como decisiones políticas concretas el fundamento jurídico-positivo de la Constitución de Weimar: el Poder constituyente del Pueblo alemán como Nación, esto es, unidad con capacidad de obrar y consciente de su existencia política”. SCHMITT, C. 1992. Teoría de la Constitución. Madrid, Alianza, p. 79. Ligado a lo anterior, una de las grandes controversias que se suscitaron bajo el imperio de la nueva Constitución versaría sobre si la legitimación del Estado de derecho era sinónimo de legalidad del mismo, o si requería de otro tipo de razones de índole material. Por ejemplo, Heller señalaba lo siguiente: “*La conformidad de un acto estatal con la ley y de ésta con la constitución jurídico-positiva o con la constitución hipotética ‘lógico-nomativa’, sólo puede constituir la base de la legalidad, nunca de una legitimidad justificadora. [...] Nadie cree hoy que todas las disposiciones del legislativo popular, en virtud de una especie de predestinación metafísica, sean derecho justo. Por este motivo, la legalidad del Estado de derecho no puede sustituir la legitimidad*”. HELLER, H. 1998. Teoría del Estado. México D.F., Fondo de Cultura Económica, pp. 282-283.

agrupados bajo epígrafes. Pero la categoría de las RSE se mantendría pese a las críticas de la Escuela de Viena. Lasagabaster señala las razones históricas de esta mantención:

Al compromiso entre la burguesía y la clase obrera, deben de añadirse una serie de factores de poder reales, que van a seguir manteniendo una esfera de actividad estatal independiente. El compromiso de la democracia parlamentaria con los militares significa que éstos van a seguir defendiendo su situación de aislamiento, no sometidos a la normativa que pueda dictar el Parlamento. Los militares se sienten vinculados al monarca, mediante su juramento. El sometimiento de la actividad de los militares a normas jurídicas se obtiene de forma indirecta, mediante el establecimiento de limitaciones al rey.³⁹

El problema en el ámbito doctrinal se manifestaría en la mantención del paradigma anterior como base, modificando solo ciertos aspectos. Estos últimos no dejan de ser relevantes porque versaban precisamente sobre las restricciones a las que se verían sometidas las RSE, que en esferas como la de los funcionarios se suavizarían pero no se suprimirían. Contribuyó a esta situación el problema de la eficacia jurídica o significado normativo de los derechos fundamentales consagrados, que llegaron a ser vistos como simples programas, permitiendo un giro en el vacío al contener la mayoría de los preceptos remisiones al legislador. Profundizar este problema escapa a los

³⁹ LASAGABASTER (n. 11), p. 52. Además, la separación entre el ejército y la burguesía no se superaría dado el clima de mutua desconfianza.

finés de este trabajo.⁴⁰ El paradigma se resumiría en lo siguiente: cada vez que se apelara a los fines propios de una función específica, se podrían restringir los derechos de dichos individuos. Pero la misma Constitución les reconocía ciertos derechos, por lo que las restricciones se debían establecer bajo ciertos límites y en caso de duda, privilegiar el derecho fundamental por sobre la RSE.

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, y fruto de las atrocidades que se cometieron tanto en el período entre guerras como en el transcurso de ella, en diciembre de 1948 fue adoptada por unanimidad de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la resolución conocida como Declaración Universal de Derechos Humanos. El objetivo de esta declaración, compuesta por 30 artículos, fue promover y

⁴⁰ CRUZ (n. 25): 57. Ligado al punto de la legitimidad, resulta interesante anotar el siguiente párrafo de BÖCKENFÖRDE (n. 24), p. 32: “Este vacío de legitimidad provoca por otra parte que surjan nuevas definiciones materiales del Estado de Derecho que sin duda reflejan las ideas de justicia que están detrás de cada una de las ideologías políticas. Y, cara al pluralismo ético-espiritual y político, dejó de ser posible el recurso a una tradición racional común, como ocurrió en el concepto temprano de Estado de Derecho orientado desde el individualismo. Hasta qué punto se diluye entonces el concepto tradicional del Estado de Derecho puede hacerse patente de modo especial en el cambio que se produce en la interpretación de los derechos fundamentales: si los derechos fundamentales se interpretaban como una garantía que delimitaba la libertad individual frente al Estado, ahora, junto a esa función de defensa o incluso quizás más acentuada, aparecen como instituciones objetivas o bien como una definición de valores cuya función no es ya tanto delimitar y controlar al Estado como legitimar y estimular la realización de objetivos y tareas materiales por este”. Esta idea la podemos complementar con lo planteado por FORSTHOFF (n. 24), p. 255: “De esta manera se le libera al individuo de su situación de enfrentamiento con relación al Estado y se le incluye en la ordenación social global, compuesta por el Estado y la sociedad. Esta inclusión expone la libertad de los derechos fundamentales a intervenciones que se declaran como necesarias para la prosperidad de Estado y sociedad. Para aquellos que saben lo que semejantes valoraciones implican, no es ningún consuelo el que, según los representantes de este modo de entender los derechos fundamentales, aquí hayan de producirse valoraciones, especialmente la elección entre libertad o vinculación social”.

potenciar el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales⁴¹. Desde el punto de vista normativo, esto se debió al fracaso del modelo mecanicista de Constitución, en el cual los derechos estaban resguardados por garantías internas, en especial por la separación de poderes, concebida como garantía suficiente. Como método de análisis las respuestas a los conflictos constitucionales estaban determinadas por saber cuáles eran las constricciones –sobre todo jurídicas– que pesaban sobre los diversos actores, en particular el Parlamento. De ahí la necesidad de que la Constitución fuera no solo la ingeniería del régimen político, sino que se concibiera como una norma eficaz, que garantizara los derechos reconocidos en ella. Esta necesidad de que la Constitución se sobrepusiera al gobierno de turno condujo al modelo normativo de Constitución, compuesto de dos elementos: *“la claridad y la precisión de los textos, que permitan conocer la naturaleza y el contenido de las obligaciones a las que se está sometido; la conciencia del carácter obligatorio de las disposiciones constitucionales”*⁴². Para que eso no quedara sólo en meras declaraciones escritas, se crearon órganos que velaran por la justicia constitucional, generalmente tribunales constitucionales, que en

⁴¹ COSTA (n. 36), p. 64, señala lo siguiente: *“Estos derechos, que varias tradiciones decimonónicas hacían derivar de la necesaria pertenencia del individuo al Estado-nación, por una parte, aparecen ahora como un acervo del sujeto, mientras que, por otra, parecen reenviar a construcciones multinacionales, a un nuevo orden europeo o incluso a un horizonte cosmopolita capaz de superar las divisiones antiguas y recientes”*.

⁴² TROPER, M. 1999. La máquina y la norma. Dos modelos de Constitución. *Doxa* (22):332-337. En el primer aspecto discrepo con Troper, ya que la Constitución contiene términos ampliamente valorativos, los cuales muchas veces no permiten conocer con claridad cuáles son las obligaciones ni los derechos a los que estamos sometidos.

conjunto con lo anterior conformaron verdaderas garantías externas de la Constitución⁴³.

El término de la Segunda Guerra Mundial “*representó para la esencia estatal alemana una profunda cesura. Si hasta entonces se le había atribuido al Estado la supremacía de la sociedad, se le había definido [...] a partir de esa superioridad, después de 1945 se debería hacer cada vez más patente que esa supremacía era cosa del pasado*”⁴⁴. Lo anterior, sumado a la Declaración de 1948, se vería reflejado en la Constitución de Bonn, que respondería a este completo cambio de paradigma. Böckenförde señala como innovaciones de la Ley Fundamental el que los derechos fundamentales son directamente aplicables, vinculando a las tres funciones del Estado, en especial al legislador; la posibilidad de restringirlos se encuentra limitada por cuanto en ningún caso se puede afectar su contenido esencial; se instituyen acciones contra la lesión de los derechos, en especial el recurso de amparo ante el

⁴³ Señala TROPER (n. 43): 343, 335, para justificar el control de constitucionalidad de las leyes lo siguiente, resultando relevante en materia de RSE dado el cuestionamiento o limitación al principio de legalidad: “*el principio de constitucionalidad es idéntico al principio de legalidad y, de la misma forma que el reglamento es ejecución de la ley, la ley es ejecución de la constitución. Si hay que controlar la legalidad de los reglamentos, hay que controlar asimismo la constitucionalidad de las leyes*”. Respecto a la justicia constitucional antes de la creación de tribunales constitucionales, en la tradición jurídica continental se intentaron crear jurados constitucionales. En el caso de Francia, fue una creación del abate Sieyès, que buscaba impedir las violaciones a la Constitución, lo que fue rechazado en su tiempo. En el caso estadounidense, los jurados tenían la facultad de revisión judicial, los cuales incluso eran concebidos como una verdadera escuela cívica. Ver AMAR, A. R. 1998. The Bill of Rights. New Haven, Yale University Press, pp. 98-104.

⁴⁴ FORSTHOFF (n. 24), pp. 117-118.

Tribunal Constitucional. Además, señala que los derechos fundamentales se encuentran cimentados metapositivamente por cuanto consagra la intangibilidad de la dignidad humana, el reconocimiento de la inviolabilidad e inalienabilidad de los derechos por ser fundamento de toda comunidad humana, junto a la aplicabilidad y vinculación inmediata ya anotadas⁴⁵. Bajo esta perspectiva, las RSE se verían cuestionadas por la doctrina debido a las restricciones excesivas que en el pasado sufrieron los derechos fundamentales. Pero, por significar un cambio tan radical, se produjo un período de transición, que lamentablemente por parte de la jurisprudencia y la práctica de la Administración, se quedaría más en la inercia del pasado que en el avance hacia una nueva etapa.

García Macho destaca ciertos principios que comenzaron a desarrollarse en este nuevo escenario. Se restringiría la esfera de capacidad de manipular el contenido de las RSE, por el principio de vinculación de los derechos fundamentales tanto para la Administración como para el legislador, y por el hecho de que la ley ocuparía espacios que antes abandonaba, debilitando la posición mantenida anteriormente sobre los ámbitos de no derecho. A su vez, la Ley Fundamental garantizaba el control judicial de los actos

⁴⁵ BÖCKENFÖRDE, E. W. 1993. Escritos sobre Derechos Fundamentales. Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, p. 98.

administrativos⁴⁶. Forsthoff ilustra este decaimiento de las RSE, en un párrafo que rememora las antiguas relaciones de vasallaje:

Para la relación funcional es válida la famosa relación, procedente de Hobbes, entre protección y obediencia. Sólo quien es capaz de proteger *eficazmente* puede aspirar a la obediencia. Las Universidades y Escuelas Superiores representan en la actualidad un ámbito en el que las autoridades responsables no quieren o no están en situación de ofrecer al profesorado con 'status' funcional la requerida protección para el ejercicio de sus deberes de servicios. Se comportan consecuentemente cuando se resignan a las suspensiones de los deberes docentes de éstos, o sea: cuando no levantan ninguna pretensión de obediencia. La destrucción de la relación funcional está aquí absolutamente realizada.⁴⁷

Existe discusión en la doctrina sobre si la Ley Fundamental permitiría el reconocimiento de las RSE. Según Lasagabaster, ella no realizaba ninguna alusión a la categoría de las RSE, por lo que al no haber ningún precepto constitucional específico, no resultaría posible afirmar su reconocimiento constitucional. Aún cuando algunas categorías específicas sí tendrían acogida (prisiones y enseñanza), para Lasagabaster, éstas constituirían excepciones coligiéndose que no significan, ni podrían así interpretarse, como un

⁴⁶ Actualmente sería el artículo 93 que consagra la competencia de la Corte Constitucional Federal. LEY FUNDAMENTAL DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA [en línea] <<http://constitucion.rediris.es/legis/legextr/ConstitucionAlemana.html#a80>> [consulta: 05 de junio 2006]

⁴⁷ FORSTHOFF (n. 24), p. 188. Énfasis agregado.

reconocimiento a esta institución⁴⁸. Contrariamente, para Böckenförde se habría impuesto la idea de la ampliación de los derechos fundamentales a las RSE con motivo de la inclusión de la regulación constitucional del Ejército, sumada a la jurisprudencia de los tribunales administrativos, y especialmente al aspecto de que las limitaciones de los derechos fundamentales no podían resultar únicamente de la RSE como tal, sino sólo en virtud de autorización legal y en la medida en que éstas fueren admisibles⁴⁹.

Este escenario de cambio gradual en el paradigma de la validez de los derechos fundamentales en la esfera de las RSE cambiaría radicalmente por una sentencia del Tribunal Constitucional alemán en 1972⁵⁰. El caso en cuestión versaba sobre el control que se ejercía sobre la correspondencia que reciben los presos. El tribunal de Karlsruhe señalaría que dicho control no sólo podía ser realizado, sino que debía ejercerse sin que ello vulnerara el derecho al secreto de la correspondencia. El Tribunal Constitucional se pronunciaría al respecto señalando que no se infringía el derecho al secreto de la correspondencia, por cuanto las medidas de seguridad para evitar que se

⁴⁸ LASAGABASTER (n. 11), p. 54.

⁴⁹ BÖCKENFÖRDE (n. 45), p. 101.

⁵⁰ Siguiendo a FORSTHOFF (n. 24), p. 177, se podría encontrar un antecedente en el fallo del 8 de junio de 1945, que declararía extinguidas las relaciones de servicio en la Función Pública, *“con lo que se enseñaba a los funcionarios que a quien servían no es al Estado, sino al sistema de gobierno correspondientemente instaurado por una Constitución. Con esto se dio corte en la raíz de la Función Pública y se redujo el Estado a la relatividad de su forma constitucional correspondiente. A la vez se recomienda al funcionario asegurarse acerca de todo posible futuro detentador del poder en momentos de situaciones constitucionales críticas”*.

podiera planear una fuga desde la cárcel justificaban no sólo la posibilidad, sino que el deber de controlar las cartas de los presos, pero sólo sobre la base de una ley por cuanto se estaba afectando un derecho fundamental. Pero los presos señalaban a su vez que los juicios que expresaban por medio de sus cartas se encontraban protegidos por la libertad de opinión. El Tribunal Constitucional entendió infringido el derecho de cada recluso a expresar libremente su opinión, y en el marco del mismo, a criticar determinados actos o personas de la prisión, lo cual no permitiría retener dicha correspondencia. En los hechos, la misiva iba dirigida a una organización que se ocupaba de ayudar a los presos. El límite material a estas críticas, según el Tribunal, sería faltar a la verdad, lo cual no era el caso⁵¹.

De los comentarios que se han hecho a este fallo vale la pena señalar que con anterioridad al mismo, las RSE eran concebidas como límites inmanentes a los derechos fundamentales, lo cual permitía su restricción⁵².

⁵¹ Sobre lo anterior ver GARCÍA M., R. 1989. En torno a las garantías de los Derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones de especial sujeción. *Revista Española de Derecho Administrativo* (64): 524 y ss.

⁵² La doctrina de los límites inmanentes persigue negar la posibilidad de que exista colisión de derechos fundamentales. Dicha doctrina se basa en la premisa de que cada derecho fundamental reconoce un límite inmanente en los derechos de los demás, por lo cual *“su contenido propio, su ámbito protegido ya se encuentra, por definición, delimitado por los derechos de otros, de tal manera que si se llegara a producir una colisión, ella sólo podría existir, conceptualmente, cuando el titular de un derecho fundamental intenta amparar su actuar más allá de los límites inmanentes de su derecho fundamental”*. ALDUNATE, E. 2005a. La colisión de derechos fundamentales. *Derecho y Humanidades* (11): 71-72. La concepción que existiría detrás de esta doctrina sería más proclive a ser sostenida por quienes apoyan una teoría del Estado y de la sociedad más interesada en la posición de miembro o de membresía en una comunidad, que por aquellos que sostengan una teoría individualista. ALEXANDER (n. 8), p. 269.

Pero con lo asentado en este fallo, algunos autores han afirmado la desaparición de las RSE como principio jurídico, con lo cual dejarían de cumplir dicho fin de límite. Otros señalan que la consecuencia práctica fue su transformación en cuanto pasaron a ser relaciones especiales jurídicamente ordenadas, y desde entonces las RSE no justifican cualquier tipo de restricción en el ejercicio de los derechos fundamentales, por cuanto ellas sólo pueden realizarse mediante reserva de ley y en forma casuística⁵³. Otra doctrina posterior ha señalado desde la posibilidad de que esta categoría habría terminado su vida útil en todo aspecto; que ellas siguen existiendo y crean algunas obligaciones específicas como relaciones de fidelidad en la esfera pública; que sólo tendrían validez en el ámbito administrativo; y por último, algunos incluso señalarían que tendrían reconocimiento como categoría constitucional.

Con el comentario de este fallo, concluyo esta sección histórica, no porque con posterioridad a él no exista doctrina o jurisprudencia relevante, sino porque las afirmaciones sobre la vinculación de los derechos fundamentales en las RSE y que la restricción a los mismos sólo tendría validez si se encuentra fundamentada en el texto constitucional, es

⁵³ BÖCKENFÖRDE (n. 45), p. 101.

probablemente el escenario que podremos encontrar en Chile bajo la Constitución vigente. La Constitución, como es sabido, contempla no sólo un amplio catálogo de derechos sino que a su vez de acciones constitucionales. Por ende, nuestro ordenamiento constitucional sigue las directrices o principios que desde la Declaración de Derechos Universales de la ONU se han mantenido a la fecha.

La próxima sección tratará el estado actual de la institución de las RSE, atendiendo tanto sus críticas de rechazo como institución o categoría, en contraste con aquellas que aún la sostienen como categoría dogmática necesaria, para finalizar discutiendo sobre la posibilidad de su introducción en nuestro derecho constitucional.

III. BALANCE DE LA INSTITUCIÓN

En este capítulo me referiré al estado actual de la institución en la doctrina, así como a la posibilidad de que tenga asidero y preste alguna utilidad en el derecho constitucional chileno. Como señalé anteriormente, con posterioridad al fallo del Tribunal Constitucional alemán de 1972 se produjo por parte de la doctrina un cuestionamiento total de la institución, llevando a algunos a proponer su eliminación o su reformulación. Lo mismo puede decirse que ha sucedido en España. Y en Chile, dentro de los pocos autores que han tratado esta institución, pueden encontrarse cuestionamientos o reformulaciones similares. Este es el contexto del siguiente capítulo.

III.1 Críticas que postulan la eliminación de la institución

Han sido administrativistas, en clara posición de rechazo a la institución, quienes han cuestionado su utilidad como categoría dogmática. Señalan que la afirmación de que los derechos de ciertos ciudadanos se encuentran sometidos a mayores restricciones que los del resto de la ciudadanía, y que el principio de legalidad en esos casos tiene una vigencia limitada, más que dar un concepto de la situación sería una mera constatación. Por el hecho de que existan no sólo diversas RSE sino que entre ellas se encuentren situaciones absolutamente incomparables, al agotarse esta institución en dichos supuestos ella no tendría gran valor, *“pues su única utilidad consistiría en servir de denominación común a realidades que tienen un régimen jurídico propio y muy diferenciado. Si, por el contrario, las RSE no se limitan a esos supuestos, sino que constituyen una categoría que incluye otras relaciones jurídicas, el problema está en que no se tiene un concepto mínimamente operativo”*⁵⁴. En nuestro país quien ha analizado y desechado la utilización de la categoría de

⁵⁴ LASAGABASTER (n. 11), p. 418-419. Agrega Lasagabaster que en comparación a la época en que Mayer formuló la categoría, hoy existen múltiples situaciones de dependencia acentuada respecto al ordenamiento jurídico (discapacitados, pensionistas) que Mayer no pudo contemplar; ello lo lleva a afirmar que las RSE *“no han encontrado hasta ahora una definición digna de tal nombre”*.

RSE ha sido el profesor Cordero, quien sigue literalmente a Santamaría Pastor⁵⁵. Este último autor señala que la categoría en cuestión carecería de consistencia técnica, además de poseer una cuestionable carga política. La categoría de Relaciones de Sujeción General existe sólo en forma negativa, en cuanto ausencia de una RSE, la cual tendría como contenido un conjunto tópico de potestades genéricas a las cuales se vería sometida dicha relación jurídica. Considera que resulta imposible saber si una determinada relación de sujeción es general o especial porque ello dependería exclusivamente del punto de vista que se adopte, aunque no ejemplifica dicha afirmación. Por último, respecto a la connotación política de la categoría, señala que en su origen las RSE fueron construidas como un procedimiento técnico para eludir el principio de reserva legal en el ámbito interno de la Administración, y que su uso posterior habría permitido una gran cantidad de abusos. Con todo, reconoce Santamaría que la Administración en ciertos casos dispone no sólo de potestades expresas sino que, además, de potestades inherentes, que la autorizarían para imponer al particular conductas positivas o negativas, no previstas en forma explícita⁵⁶; y ello se daría tanto en el ámbito de las

⁵⁵ CORDERO, L. 2002. Las particulares como sujetos de derecho en el Derecho Administrativo. Bases para una sistematización. Revista de Derecho Público 64:213-236.

⁵⁶ Sobre la doctrina anglosajona de los poderes inherentes, nuestra jurisprudencia la ha recogido aunque en materia de libertad económica y del Estado empresario, señalando lo siguiente: *“Que es necesario señalar que la autorización conferida legalmente a Metro S.A. para incursionar en una actividad anexa o supletoria a su giro principal debe interpretarse de manera restrictiva, ya que implica una expansión de su competencia. En efecto, y como lo proclama la más autorizada doctrina, dicha regla general tiene una*

Relaciones de Sujeción General (RSG) como en las Relaciones de Sujeción Especial. Concluye que, aún cuando en la esfera de las RSE el diseño de las potestades de la Administración resulta ambiguo, genérico y flexible, ambas categorías (RSG y RSE) “no poseen más que un alcance aproximativo, descriptivo y coloquial, sin precisión dogmática alguna”⁵⁷.

III.2 Reformulación de la institución bajo postulados constitucionales

La posición que reconoce y utiliza la categoría de las RSE, ha sido desarrollada por autores cercanos al derecho constitucional. Se señala como

importante atenuación, cuya existencia es necesario admitir, a menos que se acepte un planteamiento excesivamente legalista del tema, que aboque a soluciones absurdas y, por ello mismo, contrarias al interés público o injustas. Esta atenuación se expresa en las denominadas potestades implícitas o inherentes, cuyo origen se encuentra en el derecho anglosajón ('inherent powers'), y que apunta a un problema estricto de interpretación finalista, sin aludir a que la fuente jurídica de la potestad administrativa sea o pueda ser algo fuera de la ley, lo que llevaría a una conclusión insostenible. Tales poderes inherentes o implícitos son, en definitiva, 'poderes efectivamente atribuidos a la Administración por el ordenamiento, aunque no por el componente escrito del mismo', según explica García de Enterría [...]. Proyectados al contorno que nos interesa los poderes inherentes a la condición de sociedad anónima que detenta el Metro S.A. le permiten, sin necesidad de mención expresa al efecto en la ley habilitante, actuar en el mercado financiero con sus excedentes de caja, emitir bonos o debentures convertibles en acciones o dar en arrendamiento sus espacios físicos, sin que nada de ello signifique interpretar, extensiva o analógicamente su sistema legal, sino simplemente hacerlo coherente, a fin de conciliarlo con un orden de razón y no un casuismo inútil, lo que en ningún caso autoriza al intérprete a sobrepasar los límites restrictivos de las actividades anexas.” El fallo puede encontrarse en Revista de Derecho Público 62:234-249.

⁵⁷ SANTAMARÍA P., J. 2002. Principios de Derecho Administrativo. Cuarta edición. Madrid, Ediciones Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Volumen I, pp. 390-392.

criterio justificador de su existencia el hecho de que no podrían cumplir sus funciones propias en la vida de la sociedad constituida si se mantuviera el *standard* general de los derechos fundamentales⁵⁸. Además, en contra de la pretensión dogmática con la que nació la categoría, los derechos fundamentales continúan vigentes dentro de las mismas, pero el contenido de ellos tendría una extensión menor; “*sus garantías tanto formales como materiales, sin llegar a ser excluidas, se ven parcialmente reducidas, en especial en lo que se refiere al principio de legalidad o a la prohibición de una duplicidad de sanciones*”⁵⁹.

Respecto a la posibilidad de limitar los derechos fundamentales de los titulares insertos en una RSE, han existido al menos dos doctrinas por parte de los autores que aceptan la existencia de la categoría en comento.

La primera doctrina, con la carga histórica de ser dichas relaciones jurídicas áreas de no-derecho, concebía que quien se incorporaba a una RSE lo hacía –con la salvedad de los reclusos y del servicio militar obligatorio– por su propia voluntad, existiendo una especie de renuncia tácita que reemplazaría la necesidad de que los límites fueran establecidos sobre la base

⁵⁸ HESSE, C. 2001. Significado de los derechos fundamentales. En: MANUAL de Derecho Constitucional. Por Ernst Benda “et al”. 2a. ed. en castellano Madrid, Barcelona, Marcial Pons, p. 111.

⁵⁹ TEORÍA (n. 2), p. 97.

del principio de reserva legal, por el consentimiento del individuo. Las expresiones que se utilizaban para graficar esta solución eran la de otorgar un cheque en blanco a la autoridad y la expresión latina *volenti non fit iniuria* (si hay consentimiento no hay daño). Ello fue tempranamente desestimado por Gallego, quien cita a su vez a Forsthoff para reforzar su argumento⁶⁰. Respecto al elemento de la voluntariedad, resultaría dudoso el hecho de que en algunos casos ella origine una RSE y en otros no, y que además, para que sea realmente voluntaria no sólo debería existir ausencia de coacción legal sino que tampoco debería existir presión social, como podría ser el caso de los estudiantes. Este problema se enlaza aquí con la posibilidad de renuncia de los derechos fundamentales, asunto sobre el cual no existe una sola respuesta. Para responder en forma afirmativa o negativa se debe explicitar qué concepción se tiene sobre la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales⁶¹. Si tienen la naturaleza jurídica de un derecho subjetivo, en el sentido de ser intereses jurídicamente protegidos del individuo, revestidos de un contenido ético en cuanto expresión técnica de la libertad de su titular, entonces la regla general es aceptar que la decisión sobre su ejercicio le corresponde sólo a él, lo cual incluye la posibilidad de renunciar al mismo. Al

⁶⁰ La cita la realiza dejando ver su propia sorpresa dado que durante el período entre guerras, especialmente durante la década de 1930, Ernst Forsthoff habría afirmado que los derechos que hoy denominamos fundamentales dejaron de ser realidad pasando a la historia, lo cual con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial rectificaría.

⁶¹ Sobre las concepciones relativas a la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales puede verse BÖCKENFÖRDE (n. 45), pp. 44-71.

ser los derechos fundamentales normas que por su origen implican una esfera de inmunidad frente al poder del Estado, reconocidos por este, no resulta lógico renunciar a un derecho y continuar siendo su titular. Esto ha sido graficado por Aldunate en cuanto no se puede renunciar al derecho a la vida y seguir viviendo. Si en cambio la concepción sobre los derechos fundamentales que se invoca consiste en concebirllos como un orden objetivo de valores, similar a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, no podríamos renunciar al ejercicio de normas que forman el ordenamiento jurídico, porque implicaría renunciar al Derecho en su faz objetiva, como conjunto de normas y principios esencialmente obligatorios cuyo cumplimiento incluso puede ser alcanzado en forma coactiva o coercible. Otra cosa distinta, de la cual sí se ha discutido con mayor claridad argumentativa es sobre la posibilidad de renunciar al *ejercicio* de un derecho fundamental. Aceptando la primera concepción, aquella más tradicional ligada a los orígenes del constitucionalismo, la renuncia a ejercer un derecho debiera al menos cumplir con el requisito de ser expresa y no presunta. Y esa sería la ficción que los autores afirman que se produciría en materia de RSE: que el hecho de aceptar voluntariamente el ingreso a una relación de este tipo implica una renuncia amplia al ejercicio de los derechos fundamentales del individuo y sin prever futuras situaciones que exijan explicitar su no disposición o ejercicio. La

aceptación de dicha teoría no podría sostenerse por sí misma, por cuanto sería una ficción infundada el sostener que dicho sometimiento sea ilimitado y que por ello los actos de poder de cada establecimiento se encuentren al margen de cualquier conformación jurídica: *“la teoría del consentimiento es incompatible con el Estado de derecho, el cual supone el principio de la Legalidad”*⁶². Aldunate agrega que incluso bajo la perspectiva que acepta la posibilidad de renunciar al ejercicio de los derechos fundamentales por parte de su titular, el Estado no se encontraría liberado del deber de validar jurídicamente las exigencias de renuncia a dicho ejercicio; el carácter voluntario del ingreso de un individuo a una RSE no otorgaría, contrariando a Bachof, carta blanca al legislador para poder configurar su status de cualquier modo restrictivo para los derechos fundamentales⁶³. Por último, cabe señalar lo que afirma como criterio general Diez-Picazo: *“que la renuncia al ejercicio de los derechos fundamentales no puede hacerse jamás a favor del Estado: los poderes públicos no pueden imponer, favorecer o aceptar una renuncia de esa índole, porque ello equivaldría a admitir su desvinculación de los derechos fundamentales; derechos cuya función primordial es precisamente limitar a los poderes públicos”*⁶⁴.

⁶² GALLEGO (n. 4):40-41, 47.

⁶³ ALDUNATE, E. 2003a. La titularidad de los derechos fundamentales. Estudios Constitucionales (1): 190.

⁶⁴ DIEZ-PICAZO (n. 3), p. 133.

La segunda doctrina, que rechaza la voluntariedad como criterio justificante para restringir o incluso privar el ejercicio de los derechos fundamentales en el marco de una RSE, postula que los límites que se impongan a los titulares deben encontrarse basados en la propia Constitución o en leyes que se hayan dictado sobre la base del principio de reserva legal. La finalidad de dichas limitaciones debe, a su vez, ser congruente con el desempeño de la función⁶⁵. Sólo se encontrarían justificados aquellos límites que se muestren conformes al principio de proporcionalidad, el cual se desglosa de la siguiente forma: ellos deben ser adecuados o idóneos, necesarios, y proporcionales en sentido estricto, para la consecución de aquellos objetivos constitucionalmente lícitos a cuyo servicio se encuentran⁶⁶.

⁶⁵ HESSE (n. 58) p. 111. Concluye señalando que los derechos fundamentales no pueden simplemente ceder a las necesidades de cada función, sino que ellos siguen obligando en la medida de lo posible, “*por mucho que ello pueda suponer dificultades o cargas para el servicio o el organismo*”.

⁶⁶ BÖCKENFÖRDE (n. 45), p. 102; ALDUNATE (n. 63):190; TEORÍA (n. 2), p. 97, quienes agregan que dichas relaciones generan una serie de derechos y deberes recíprocos entre la administración y el individuo que se encuentra en ellas, y por lo tanto ello puede conducir tanto a restringir como a ampliar el contenido de los derechos, como son los deberes de protección de la Administración respecto a la vida o a la integridad física respecto de quienes se encuentran sometidos a ella. Esta forma de limitación a la limitabilidad de los derechos fundamentales ha sido constitucionalizada en la Constitución de la Confederación Suiza en su art. 36, el cual versa sobre la restricción de los derechos fundamentales, estableciendo que toda restricción debe ser proporcional a su fin. Existe una traducción no oficial disponible en Internet. [en línea] <<http://www.admin.ch/ch/itl/rs/1/c101ESP.pdf>> [consulta: 22 de mayo 2007].

III.3 Tesis personal sobre la institución

En mi opinión, la categoría de las Relaciones de Sujeción Especial puede representar un avance en el estado actual de la doctrina y jurisprudencia constitucionales. Ella podría contribuir a la formulación de una dogmática general sobre los derechos fundamentales, y en especial, a una dogmática sobre los distintos titulares de los mismos⁶⁷.

Respecto a las críticas que a la institución se le han realizado, quienes las han formulado reconocen la existencia de situaciones de mayor dependencia de un individuo respecto a la Administración, personificada en sus diversos

⁶⁷ Uno de los primeros intentos en Chile bajo la Constitución actualmente vigente respecto a una dogmática general puede encontrarse en RUIZ-TAGLE, P. 2001. Una dogmática general para los derechos fundamentales en Chile. Revista de Derecho Público Tomo I 63:179-199.

órganos⁶⁸. La imprecisión de la institución, o el hecho de que en la sociedad actual se puedan encontrar situaciones de dependencia más aguda entre privados que con el propio Estado, no elimina totalmente aquellos supuestos que se han identificado; ello debería obligar a mirar otros posibles supuestos en los cuales se produzca esa doble sujeción jurídica con el Estado, la más general y común como hombres y mujeres, y aquella especial en el ejercicio de una función.

Acerca de las múltiples definiciones de la categoría, si miramos la historia del Derecho Administrativo, ella no resulta una objeción que de por sí permita desecharla. Como señala Oriol Mir la propia historia del Derecho Administrativo es la historia de la búsqueda de su concepto.⁶⁹ Pero ni siquiera las disputas en la doctrina han obstaculizado ni condicionado significativamente la actuación de los poderes públicos ni su sumisión de éstos al Derecho vigente. Reflexiona dicho autor atendiendo a la filosofía analítica y

⁶⁸ Dentro de los trabajos más actuales que critican la institución de las RSE, señalando que se trata de una categoría jurídica caduca, en la nota al pie respectiva los autores comparten lo señalado por Cotino Hueso en cuanto del hecho de postular la desaparición de la categoría “en modo alguno supone negar las necesidad de que se limite el ejercicio de los derechos de los individuos cercanos a la órbita de la Administración –ya que– resulta incuestionable la necesidad de proteger bienes constitucionales como la jerarquía administrativa, la disciplina en los cuarteles o escuelas, el orden en los hospitales o cárceles, etc.”. En CASTILLO, F. y ILDEFONSO, R. 2002. La renovación de la dogmática del derecho disciplinario: a propósito de las infracciones y sanciones en el personal estatutario de la seguridad social. *Revista de Administración Pública* (158):10. Énfasis de los autores.

⁶⁹ “En sus escasos dos siglos de existencia se han sucedido múltiples intentos de definición, tantos –prácticamente– como autores, sin que parezca haberse encontrado todavía un concepto de Derecho administrativo unánimemente aceptado y duradero, resistente al paso del tiempo”. MIR, O. 2003. El concepto de derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional. *Revista de Administración Pública* (162): 47.

a la lingüística moderna, para afirmar que “hoy en día domina la idea de que la relación entre el lenguaje y la realidad es totalmente convencional, y de que el significado de los conceptos depende única y exclusivamente de su *uso*, del sentido que les atribuyan los hablantes”⁷⁰. Precisamente la imprecisión de la cual se habla respecto a las RSE podría encontrarse en su uso por haberse centrado el análisis sobre el aspecto de la acentuada dependencia del sujeto con la Administración, olvidando los caracteres de jerarquía, subordinación y disciplina interna. Esto se hace más evidente quizás si se comparan las dos citas que destaqué del *Derecho Administrativo Alemán* de Otto Mayer:

Segunda edición	Tercera Edición
Hay en el derecho público una clase especial de relaciones que contienen un poder general a favor de la autoridad: se les ha dado el nombre de relaciones de sujeción particular	Se designa como relación de sujeción la dependencia jurídica, en su sentido más amplio, en la que se encuentra el súbdito frente al Estado. Cuando aquí se habla de relación especial de sujeción, se hace entonces referencia a esa acentuada dependencia que se establece, en favor de un determinado fin de la Administración Pública, para todos aquellos que entren en esa prevista estructura especial

⁷⁰ MIR (n. 69):68.

Si nos fijamos en la segunda edición el énfasis está puesto en el contenido de la RSE, el cual estaría comprendido por el poder general en favor de la autoridad. En la tercera edición, sobre la cual Lasagabaster basa su crítica a la operabilidad de la institución, el énfasis está en la acentuada dependencia en favor de un determinado fin de la Administración Pública. Ahora bien, existen otras situaciones, en especial en el campo económico, que implican tanto esa acentuada dependencia como un poder general a favor de la Administración. Con la privatización de la economía, el Estado se ha retirado en favor de la actividad privada pero sin renunciar a sus poderes de policía. Estamos en presencia de un Estado regulador de la actividad económica, con distintos niveles de intensidad en su intervención, intensidad que se ve aumentada con la creación de órganos o agencias administrativas específicas con potestad reglamentaria de ejecución e incluso autónoma. Un ejemplo de esta intensidad regulatoria puede encontrarse en la proliferación de normas técnicas de alto nivel de detalle⁷¹.

Ahora bien, ¿qué tiene que ver todo esto con las RSE? Su relación con la institución sobre la que versa este trabajo no sería clara, y de hecho es antitética a la misma, no obstante la expansión jurisprudencial que se ha hecho

⁷¹ Según Carlos Carmona el sujeto pasivo de cada Superintendencia es objeto de una RSE, implicando que su margen de libertad es menor en relación a los demás agentes económicos. CARMONA, C. 2004. El principio de control. 1. La dimensión activa. Materiales de clase, Facultad de Derecho Universidad de Chile, p. 12.

al calificarlas como RSE. Esto es lo que ha sucedido en España, donde se ha tratado con esta categoría la regulación concerniente al mercado de valores, las concesiones e incluso los taxis, para justificar cualquier tipo de limitación de derechos fundamentales relativos a estas actividades económicas⁷². Quizás aquí podemos encontrar el mayor riesgo para nuestro derecho constitucional de incorporar la categoría de las RSE; esto es, importar una categoría que otorgue carta blanca al legislador y a la Administración para amenazar, perturbar o privar de sus derechos, en especial aquellos de naturaleza económica⁷³. Algo similar ha sucedido ya con el concepto de Orden Público Económico (OPE)⁷⁴.

⁷² De fecha reciente, dos fallos del Tribunal Constitucional español calificaron de RSE a los concesionarios de expendierías de tabaco, pero aclarando que dicha calificación no equivale a una norma constitucional, sino que la descripción de ciertas situaciones y relaciones administrativas donde la Constitución o la ley conforme a ésta han modulado los derechos fundamentales de los ciudadanos. Ver STC 26/2005 y STC 54/2005 disponibles en www.tribunalconstitucional.es [consultado 24-05-2006]

⁷³ Un ejemplo concreto de esta situación puede verse en el fallo del Tribunal Constitucional citado en nota 1, el que será analizado más adelante.

⁷⁴ Originalmente desarrollado en Francia, fue recogido en Chile bajo la vigencia de la Constitución de 1925, época en la cual imperaba el modelo económico formulado por la CEPAL, en el cual se buscaba el desarrollo económico por la vía de fomentar la producción nacional y la sustitución de importaciones, lo cual conllevaba un importante rol interventor del Estado en la economía. Este concepto permitió justificar dicha intervención, dada su semejanza con la noción clásica de orden público como límite a la autonomía privada. Este es el contexto del concepto *formal o instrumental* del OPE: “*el conjunto de principios y normas, adoptadas por el Estado, con el fin de organizar la actividad y las relaciones económicas*”. MONTT, L. 1983. Principios de derecho económico. El orden público económico y la Constitución. Revista de Derecho Económico (60-61):49. Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1980, el OPE fue definido como un concepto *material*: “*el*

conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución". CEA, J. 1988. Tratado de la Constitución de 1980. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 38. Se le atribuye a esta definición el haber transitado desde aquellos conceptos funcionales o instrumentales a la política económica de turno, hacia conceptos materiales que tendrían un contenido propio y casi intangible, por estar fundados en los valores de la sociedad nacional consagrados constitucionalmente. El concepto de OPE ha sido objeto de múltiples críticas tanto doctrinalmente como por sus consecuencias prácticas, en especial por el uso del que ha hecho gala nuestra jurisprudencia. En un primer orden de críticas, se intenta redefinir el concepto. El motivo de ello consistiría en que *"no hay certidumbre alguna sobre la esencia del OPE en nuestro medio. Existen definiciones doctrinarias y reconocimientos judiciales de la misma, pero su aplicación aparece justificando resultados económico-constitucionales tan diversos, que no quedan dudas acerca de su ambigüedad y difusas fronteras en que nuestro objeto de comentario ha navegado durante los últimos años"* FERMANDOIS, A. 2001. Derecho Constitucional Económico. Santiago, Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile, Tomo I, p. 23. A las llamadas tesis funcionales, debido a su origen histórico, se les critica que fueron formuladas para justificar la intervención estatal en la actividad económica, por lo que no existiría *"un OPE en aquellas economías en las que la autoridad se ha abstenido de regular dicha actividad"*. A las tesis materiales se las critica de deficientes debido a *"su carácter meramente normativo, es decir, se parte de la base en ellas que la aproximación del Derecho a la economía se inicia desde el acto de la positivización de una realidad o principio. Sólo conforma el OPE el principio recogido por el Derecho a modo de norma jurídica, quedando fuera del mismo aquel que el Derecho sólo deja incólume. En efecto, cuando se habla de OPE como 'principios' que facultan a la autoridad para regular la economía, se dejan fuera todas las situaciones en que no existe regulación."* AVILÉS, V. 2001. Orden público económico. Noción crítica. Revista de Derecho Público Tomo I 63:334-335. Por lo tanto bajo este primer orden se formulan nuevas definiciones. Por la diversidad de conceptos y por la gran cantidad de objeciones que aparecen frente a cada nueva definición del OPE, un segundo grupo de críticas ha planteado directamente terminar con esta noción. Destacan que en sus diversos intentos de definición, *"este concepto tiene*

significaciones equívocas, algunas de ellas se confunden con principios constitucionales más tradicionales, otras incluyen aspectos orgánicos de derecho positivo de difícil sistematización o incluso pueden llegar a ser un verdadero trabalenguas que se identifica con ciertas situaciones de hecho". Se señala que la inflación galopante del concepto ha terminado por volverse un sinónimo de casi toda disposición de carácter económico de jerarquía constitucional. RUIZ-TAGLE, P. 2000a. Principios Constitucionales del Estado Empresario. Revista de Derecho Público 62:57-59. Sumado a lo anterior, se ha señalado que más que una definición global de los objetivos y fines del Estado en estas materias, lo que se consagra en nuestra Constitución es "*una firme declaración de principios a favor de un orden económico liberal de contornos claramente definidos, cuyas tenues y excepcionales morigeraciones no alcanzan a disimular la opción ejercida*". FERRADA, J. C. 2000. La constitución económica de 1980. Algunas reflexiones críticas. Revista de Derecho Universidad Austral XI: 52. Cabe agregar por último los problemas que presenta el uso de este concepto para una teoría de los derechos fundamentales. Al respecto, se ha señalado que la legislación que fomenta la libre competencia carecería de sustento en la Constitución por restringir el ejercicio de la libertad de empresa sin encontrarse amparada por los criterios expresamente contemplados para limitar dicha libertad; esto es, la moral, la seguridad nacional, y el orden público. Pero su restricción ha sido posible por la ampliación de la noción de orden público como OPE, y la inclusión en este concepto de un contenido normativo no previsto constitucionalmente, como sería el deber de mantención de un mercado de competencia regulada. "Pero, así considerado, significa entonces que la noción de orden público económico implica no solo una referencia a los preceptos constitucionales reguladores de la actividad económica, sino que a un *plus* incorporado por vía de elaboración doctrinal, y con carácter restrictivo de un derecho constitucional"

ALDUNATE, E. 2001. La desconstitucionalización de la Constitución. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XXI: 26-27. El destacado es del autor. Por todo ello, este segundo orden de críticas propone abandonar este concepto, y en cambio utilizar los principios de igualdad entre los agentes económicos y de libertad económica. RUIZ-TAGLE: 53.

La solución a mi entender pasa por volver a los planteamientos de la época de Mayer, para quien un sujeto se encontraba inmerso en una RSE al entrar en una estructura especial prevista, y acto seguido ejemplificaba esta última con el caso de los funcionarios. Para Mayer, y en especial para quienes profundizaron sus ideas, me parece que siempre una RSE implica esa acentuada dependencia con la Administración de alguien que se haya *inmerso* en la Administración, *dentro* de la misma, y no fuera de ella como sucede en los casos propios de las normas legales que regulan el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, como señala el artículo 19 N° 21 de nuestra Constitución. Y por eso en las RSE se justifica la existencia de un orden jerárquico y de un poder disciplinario a los cuales se ven subordinados los sujetos. No hay que olvidar que Mayer cuando por primera vez trata sobre las RSE en su obra, tanto en la segunda como en la tercera edición lo hace en el apartado dedicado a la fuerza obligatoria de los actos administrativos. Y cuando vuelve sobre ellas en el apartado sobre los derechos subjetivos, lo que al menos me consta de la segunda edición, las consecuencias que extrae sobre las relaciones de sujeción dicen relación con los actos administrativos especialmente dirigidos a esa clase de *súbditos*, en especial la instrucción que se dirige a los funcionarios. Ese elemento consistente en que el sujeto se encuentra inserto en una esfera de la Administración del Estado, es uno de los

diferenciadores de otras posibles situaciones donde el Estado puede intervenir quizás incluso con mayor intensidad, lo cual escapa a los fines de este trabajo⁷⁵.

Esto último podemos graficarlo atendiendo al hecho de que las RSE se encuentran inmersas en el ámbito de la potestad organizatoria (o autoorganizatoria). Esta ha tomado relevancia por las crecientes demandas de eficiencia le son exigidas a la Administración, la cual para estos efectos se encontraría mejor capacitada que el legislador. Y dicha organización de sus propios servicios tiene como fin una labor de prestación, lo cual se ha señalado legitimaría el poder reglamentario con el cual cuenta⁷⁶. La potestad organizatoria ha sido conceptualizada como una potestad carente de identidad material propia y contenido homogéneo, siendo más bien “un concepto síntesis de carácter finalista, que engloba bajo un solo rótulo todas las potestades públicas, *normativas o no*, en la medida en que se ejercen con el objeto de crear, configurar, poner en marcha y modificar la estructura de las

⁷⁵ En todo caso, bajo el actual ordenamiento constitucional, se ha señalado que el poder regulatorio del Estado se encuentra claramente disminuido, porque no sólo debe resguardar las libertades económicas sino que, a su vez, no puede afectarlas en su esencia, siendo consideradas dichas intervenciones “*como distorsiones a las reglas objetivas y neutrales que impone el mercado*”. FERRADA, J.C. 2003a. Los órganos reguladores de actividades económicas relevantes en Chile: Una visión panorámica. Revista Chilena de Derecho 30 (2):274, quién considera ineficaz este modelo estatal por abstencionista y neutral.

⁷⁶ GARCÍA (n. 7), pp. 187-190.

organizaciones”⁷⁷. Esta potestad recuerda a aquellas áreas de no-derecho propias de la esfera interna del Estado, con la diferencia que ella se encuentra consagrada legalmente, aunque permitiendo una mayor discrecionalidad que en otros casos. Sus orígenes pueden encontrarse en la doctrina alemana que señalaba como fundamento de la potestad para dictar ordenanzas administrativas a la facultad de gobernar, con lo cual no resultaba necesario que quedase sujeta a una autorización emanada de la Constitución o de la ley. Esta teoría habría servido a los tratadistas alemanes para distinguir en forma concreta entre la acción de la ley y la del reglamento, reduciendo al segundo en lo relativo a las ordenanzas de Derecho a un papel secundario con relación a las primeras⁷⁸. En el ámbito propio de esta potestad, se señala que en el derecho comparado se distinguen dos tipos de reglamentos, los reglamentos administrativos que regulan la organización interna de la administración, y los reglamentos normativos que establecen normas de conducta para los extraños a ella. En el primer caso, se acepta un amplio campo para su ejercicio, y en el segundo es donde se producen los mayores conflictos⁷⁹. Esta potestad organizatoria en nuestro derecho está consagrada precisamente en el ámbito propio de la organización de los distintos servicios públicos en sentido

⁷⁷ SANTAMARÍA (n. 57), p. 414. Las cursivas son mías.

⁷⁸ SILVA C., E. 1992. Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Introducción y fuentes. 4ª Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 153-156.

⁷⁹ CORREA, R. 2004a. Tribunal Constitucional. Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez (I): 487.

estricto. El artículo 31 de la LOCBGAE señala que ella corresponde a los jefes de servicio. Por muy intensa que sea la intervención de la administración en la economía, los organismos reguladores de dichas actividades carecen de esta potestad respecto a los sujetos pasivos sobre los cuales ejercen su control, razón suficiente para –y prevenir– la extensión de las RSE a los particulares que participan en mercados sometidos a regulación administrativa. Debo hacer la salvedad consistente en señalar que la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha limitado en exceso esta potestad, dejando de lado la evolución que se ha producido sobre la misma en el derecho comparado⁸⁰.

⁸⁰ En el fallo que versó sobre la Ley del Deporte, el art. 20 consagraba dentro de las atribuciones del Director Nacional las de establecer la organización interna del servicio (letra b) y la de nombrar y contratar personal, asignarle funciones, poner término a sus servicios y aplicar las medidas disciplinarias que correspondan de acuerdo con las normas estatutarias que los rijan (letra c). El Tribunal Constitucional señaló lo siguiente: “10°. Que el artículo 20 del proyecto establece las atribuciones propias del Director Nacional del Instituto Nacional de Deportes de Chile. En su letra b) dispone que le corresponde ‘Establecer la organización interna del Servicio’, y en su letra c) que debe ‘Nombrar y contratar personal, asignarle funciones, poner término a sus servicios y aplicar las medidas disciplinarias que correspondan de acuerdo con las normas estatutarias que los rijan’; 11°. Que, de ambas disposiciones se desprende que al Director Nacional del Instituto que se crea, se lo faculta para estructurar y dar forma a este nuevo servicio público, al señalar que a él le corresponde determinar su ‘organización interna’ y ‘asignarle’ al personal las ‘funciones’ que va a desempeñar; 12°. *Que el artículo 60 de la Carta Fundamental, indica que ‘Sólo son materias de ley: 14) Las demás que la Constitución señale como leyes de iniciativa exclusiva del Presidente de la República’.* A su vez, el artículo 62, inciso cuarto, N° 2°, de la misma Carta, dispone que ‘Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República la iniciativa exclusiva para: 2°. Crear nuevos servicios públicos o empleos rentados sean fiscales, semifiscales, autónomos, o de las empresas del Estado; suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones’; 13°. Que de un análisis armónico de los preceptos antes transcritos se infiere que la *estructura interna de un servicio público, como también las atribuciones de sus cargos o empleos*, sólo pueden crearse por ley, a iniciativa exclusiva del Presidente de la República, lo que excluye la posibilidad de que ellas sean establecidas por la autoridad superior de un servicio; 14°. Que cabe destacar que es la propia Constitución la que indica las materias que son de reserva legal, de modo que las

Ello podría afectar la eficacia de la Administración en atender a las múltiples necesidades con que se enfrenta cotidianamente, y la vinculación de su actuación al principio de legalidad⁸¹.

Volviendo al ámbito en que se desarrollan las RSE, existe un rasgo permanente desde sus orígenes históricos que sustenta mantener la institución respecto a sujetos que se encuentran integrando la Administración del Estado, cual es la obediencia de órdenes que se producen en dicho ámbito, las cuales no siempre emanan directamente de la ley. En los albores del Estado moderno se concebía que dicha obediencia fuera de carácter absoluto, creyendo *“que esa orden es una voz autorizada, fundada en la razón, y que, en tanto se dirija*

normas de una ley que pretendan alterar esa competencia y establecer que el Director de un servicio público puede disponer en aquello que es propio de ley, son contrarias a la Constitución; 15°. Que, en consecuencia, el artículo 20, letra b), y letra c) -en cuanto autoriza al Director del Instituto para ‘asignarle funciones’ al personal de dicho servicio-, del proyecto remitido, es inconstitucional, y así debe declararse”. El Tribunal declaró que la letra b) y la oración ‘asignarle funciones’ contenida en la letra c), del artículo 20 del proyecto, eran inconstitucionales, y debían eliminarse de su texto. Ver fallos Rol N° 319 de diecisiete de enero de dos mil uno, y Rol N° 358 de treinta de agosto de dos mil uno, que se basa en el primero. Las cursivas son mías.

⁸¹ *“Con el tiempo la rigidez del tribunal en su interpretación de las reservas de ley puede dar lugar a un efecto totalmente contrario al deseado. Para el legislador, sujeto a fuertes demandas y escasos recursos, será racional dejar la regulación complementaria a la potestad reglamentaria del Presidente de la República, pero sin remisión normativa. En otras palabras, como el tribunal tiende a mirar con recelo dichas remisiones, en el futuro ellas se evitarán. Pero como el legislador no podrá satisfacer la necesidad de regular una materia ‘hasta el final’, no le quedará más alternativa que callar. Lo hará en la expectativa de que el Presidente de la República ‘crea conveniente’ dictar un reglamento de ejecución de la ley. Si el Presidente no lo cree conveniente, la materia no quedará regulada. Serán en definitiva la propia administración o los tribunales los que tendrán que determinar la ley en casos concretos. Se debilitará así la vinculación a la ley y aumentará la incertidumbre. [...] Las remisiones normativas permiten al legislador orientar el ejercicio de la potestad reglamentaria del modo que estime conveniente. Al tener que esperar confiado en el ejercicio discrecional de la potestad reglamentaria de ejecución disminuirá su capacidad orientadora. Aunque parezca paradójico, la tendencia de la jurisprudencia que aquí se comenta es el reforzamiento de la discrecionalidad de regulación del ejecutivo”.* CORREA (n. 79): 489.

*a un subordinado, excluye expresamente toda deliberación. De este modo, la obediencia de los cuerpos armados es un modo obediencial específico, que consiste precisa y formalmente en ceñirse a una orden sin deliberar”*⁸². Tanto en la teoría como en la práctica, ella implicaba someter a los funcionarios y soldados (las RSE originarias) a una situación en extremo difícil, según lo caracterizó Dicey para lo segundos, en cuanto ellos podrían ser fusilados según lo sentenciara una Corte Marcial si desobedecían una orden, o ser condenados a morir en la horca por un juez ordinario y un jurado si la obedecían⁸³. Ahora bien, este deber de obediencia evolucionaría dejando de ser concebido en términos absolutos, por cuanto implicaba un riesgo enorme para el resto de los ciudadanos, como magistralmente lo señalaría el juez inglés Sir James Stephen:

Sin embargo, no pienso que la pregunta sobre cuán lejos las órdenes superiores justificarían que soldados o marinos ataquen a civiles haya sido alguna vez traída ante los tribunales de derecho en tal forma que sea completamente considerada y determinada. Probablemente ante este tipo de argumento se podría señalar que la orden de un militar superior justificaría la ejecución de ella por parte a sus inferiores por cuanto ellos podrían justamente suponer que su oficial superior tendría buenas razones para impartirla. Los soldados podrían razonablemente pensar que su oficial tenía buenos fundamentos para ordenarles disparar a una

⁸² Según Óscar Godoy esta doctrina “no sufrió ninguna modificación en el paso desde los Estados nacionales monárquicos a los Estados organizados bajo el régimen de democracia representativa”. GODOY (n. 14): 288.

⁸³ DICEY, A. V. 2005. Introduction to the study of the law of the Constitution. Edición facsimilar de Elibron Classics, réplica de la sexta edición de 1902, Londres, Macmillan and Co., Limited., p. 298.

multitud turbulenta, la cual para ellos puede no aparecer comprometida en ese momento con actos de violencia peligrosos, pero los soldados difícilmente supondrían que su oficial podría tener algún buen fundamento para ordenarles disparar una descarga sobre una calle atestada de gente cuando no existía ningún disturbio percibido o en progreso. La doctrina de que un soldado se encuentra amarrado bajo toda circunstancia a obedecer a su oficial superior sería fatal para la propia disciplina militar, por cuanto justificaría que los soldados rasos disparan a su coronel por órdenes de su capitán, o se rindieran al enemigo en el campo de batalla por orden del superior más cercano. Yo creo que no es menos monstruoso suponer que las órdenes superiores justificarán a un soldado en la masacre de civiles inofensivos en tiempos de paz, o en el ejercicio de crueldades inhumanas, tales como matanzas de mujeres y niños, durante una rebelión. El único límite que se me viene a la mente es que un soldado debería estar protegido por las órdenes que él razonadamente crea que su oficial tenía buenos motivos para impartirlas⁸⁴.

Lo recién señalado puede percibirse entre los primeros tratadistas alemanes como sería el caso de Kahn, quien comprendía que el individuo de una RSE no se encontraba sometido ciegamente al poder de la Administración, sino que tendría derecho a controlar si la orden recibida se mantenía dentro de los límites establecidos: si ella implicaba una infracción de órdenes superiores, si no fue dictada por el titular competente o si no respetó las formalidades establecidas⁸⁵. Este deber de obediencia, en los términos recién expuestos, no resulta entonces mecánico o automático ni ilimitado, sino que se trata de una *obediencia reflexiva* que permite al subalterno discernir y representar a su superior lo que le parece una orden o resolución ilegítima o ilegal en el marco

⁸⁴ Citado en DICEY (n. 83), p. 299-300.

⁸⁵ GARCÍA (n. 7), p. 44.

de las funciones propias de cada institución. En este punto, la pregunta relevante que sigue en el marco de este trabajo sería del siguiente tenor: ¿en qué sentido puede la obediencia implicar una restricción a un derecho fundamental de un integrante de una RSE? La restricción se produciría en cuanto la representación de una orden no implica eximirse de ejecutarla, sino que tan sólo de no ser responsable por su ejecución. En otras palabras, no hay forma de escabullir la orden; sí, en cambio, su responsabilidad ulterior⁸⁶. En nuestra Constitución se puede encontrar un caso claro de *obediencia absoluta* para el caso de Carabineros e Investigaciones, por cuanto la propia carta no les permite cuestionar o calificar el fundamento, oportunidad, justicia o legalidad de las resoluciones que deben ejecutar emanadas de los tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial. En cambio, respecto a las órdenes que imparte el Ministerio Público, se puede concluir que nos encontramos ante un caso de *obediencia reflexiva* dado que la propia Constitución establece la salvedad de poder requerir la exhibición de la autorización judicial previa en caso que ellas priven, restrinjan o perturben al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos fundamentales (artículos 76 inciso final y 83 inciso 3°). Ambos casos demuestran una restricción de la

⁸⁶ Ello ha sido analizado por nuestra doctrina ara el caso de las Fuerzas Armadas y de Orden. Al respecto MOLINA, H. 2006. Derecho Constitucional. Sexta edición. Santiago, Lexis Nexis, p. 516; VERDUGO, M., NOGUEIRA, H. y PFEFFER, E. 1999. Derecho Constitucional. Segunda edición actualizada. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, pp. 339, 342.

libertad de los integrantes de Carabineros e Investigaciones frente a una actuación forzosa. En el plano legal y reglamentario se pueden encontrar otras manifestaciones de la obediencia. En el Estatuto Administrativo (EA) se consagra en el artículo 61 letra f) el deber de obediencia al superior jerárquico, permitiendo al funcionario inferior representar la orden por escrito en caso de estimarla ilegal, pero en caso de que el superior insista deberá dar cumplimiento a la misma eximiéndolo el propio EA de toda responsabilidad (artículo 62). También encontramos el caso del Código de Justicia Militar (CJM) que en el título VII sobre delitos de subordinación, en su acápite primero denominado “De la desobediencia”, sus artículos 334 y 335 establecen la obligación de obedecer las órdenes impartidas por un superior la cual, por regla general, no puede dejar de ser obedecida ni suspender su cumplimiento ante el reclamo del inferior. La excepción a ello aparece taxativamente reglada al señalar que si el inferior sabe que su superior al impartir la orden no ha podido apreciar suficientemente la situación, los acontecimientos se hayan anticipado a la orden, aparezca que se ha obtenido por engaño, se tema con razón que de su ejecución resultarán graves males que el superior no pudo prever, o la orden tienda notoriamente a la perpetración de un delito, podrá suspender su cumplimiento, e incluso en casos urgentes modificarla, dando cuenta inmediata al superior. Pero si éste

insistiere en su orden, deberá cumplirla⁸⁷. También puede verse el reglamento de Establecimientos Penitenciarios que en su artículo 33 letra b) consagra el deber de los internos de acatar las normas de régimen interno del establecimiento, complementado por el título cuarto del mismo cuerpo reglamentario concerniente al régimen disciplinario.

La contrapartida de la obediencia la podemos encontrar en la prohibición de todo apremio ilegítimo, consagrada en el capítulo tercero de la Constitución, en el artículo 19 numeral 1º inciso final. Dicha normativa es una garantía para todas las personas según lo señala la propia Constitución, pero adquiere su sentido más pleno en esta materia por cuanto en todos los casos de RSE para poder hacer efectiva la obediencia se contempla un poder disciplinario sobre los sujetos, como de otros aspectos más particulares de cada RSE como la subordinación, consecuencia de la estructura jerárquica de la institución (funcionarios y miembros de las Fuerza Armadas y de Orden),

⁸⁷ Ello se encuentra corroborado por el Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas en su artículo 20: *“Antes de dar una orden es preciso reflexionar, para que ella no sea contraria al espíritu o letra de las leyes y reglamentos en vigor, esté bien concebida, se pueda cumplir con el mínimo de tropiezos o roces, y, muy especialmente, para que no haya necesidad de una contraorden. Toda orden del servicio impartida por un superior debe cumplirse sin réplica, salvo si el inferior que ha recibido la orden sabe que el superior, al dictarla, no ha podido apreciar suficientemente la situación, o cuando los acontecimientos se hayan anticipado a la orden, o parezca que ésta se ha obtenido por engaño, o se tema, con razón, que de su ejecución resulten graves males que el superior no pudo prever o la orden tienda notoriamente a la perpetración de un delito. En tales casos podrá el inferior suspender momentáneamente el cumplimiento de tal orden, y en casos urgentes modificarla, dando inmediatamente cuenta al superior. Si éste insistiere en su orden, deberá cumplirse en los términos en que fue dada. Las responsabilidades que resultar del cumplimiento de las órdenes corresponden al superior que las dicta. Los subalternos no pueden reclamar de ellas ni comentarlas. Los superiores que dan órdenes y los que deben ejecutarlas están obligados a adoptar las medidas y providencias conducentes a la mejor ejecución de ellas”.*

resguardar a la sociedad de mayores peligros así como a los demás sujetos insertos en una misma RSE (reclusos en establecimientos penitenciarios), mantener el orden necesario para poder realizar la actividad de la cual los sujetos son destinatarios (en especial, los estudiantes)⁸⁸. Incluso, en el caso de los Colegios Profesionales, se ejerce un control disciplinario con el fin de velar por la ética profesional, muchas veces establecida en códigos deontológicos. Lo destacable entonces se encuentra en el hecho de que la existencia de un poder disciplinario sobre los sujetos de una RSE implica la aplicación de sanciones, a las cuales la propia Constitución ha señalado como límite la legitimidad de las mismas. No bastaría entonces que el castigo o sanción esté contemplado en alguna norma, sino que además debe ser legítimo, lo cual resulta problemático en nuestra doctrina constitucional. Aún cuando los distintos autores se encuentran contestes en que este derecho es absoluto y no admite restricciones y limitaciones de ningún tipo, lo realmente conflictivo es dilucidar cuándo un apremio pierde el carácter de legítimo⁸⁹.

⁸⁸ Verdugo y Pfeffer señalan que el cambio de la locución tormento de la Carta de 1925 por la de apremio tuvo precisamente como fin ser una garantía general y no restringida, por su origen histórico, a los detenidos y presos. Citan como ejemplo el artículo 150 del Código Penal, y los artículos 330 y 261 del Código de Justicia Militar. VERDUGO, NOGUEIRA, Y PFEFFER (n. 86), p. 201. A esto cabe agregar lo que señala Silva Bascuñán, con cita a las actas de la CENC, en cuanto entre los años 1968 y 1970 se abocó al tema una comisión especial del Consejo General del Colegio de Abogados que plantearía la necesidad de consagrar dicha garantía a nivel constitucional. Silva cita en su obra el artículo 195 del Código Procesal Penal que prohíbe todo método de investigación o interrogación que menoscabe o coarte la libertad para declarar de todo imputado. SILVA B., A. 2006. Tratado de Derecho Constitucional, De los derechos y deberes constitucionales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomo XI, pp. 90, 94.

⁸⁹ SILVA (n. 88), p. 96. Evans lo ilustra de la siguiente forma: *“Puede sostenerse que la prohibición de todo apremio ilegítimo es más rígida que el derecho a la vida, ya que éste no tiene vigencia en ciertos casos especialmente contemplados en las leyes: la ejecución de actos lícitos de guerra, en la aplicación de una*

Evans responde a esta interrogante considerando legítimo como equivalente a legal. Ello se desprende de los casos que señala como apremios legítimos, con el criterio de que se encuentren autorizados por la ley dentro de ciertos límites y determinados requisitos, como sería la posibilidad de castigar al hijo en forma moderada (art. 233 del Código Civil) o de sancionar por parte de los alcaides de recintos de rehabilitación social a los reclusos, conforme a los reglamentos carcelarios vigentes, con castigos tales como el encierro en una celda solitaria. Este es un típico problema de RSE, por cuanto la necesidad de la función, en este caso para Evans de prevención especial (usa la voz rehabilitación social), implica restringir un derecho, la seguridad individual u otros, por medio de una norma de jerarquía inferior a la legal, todo lo cual no analiza, siendo ambos ejemplos no equiparables por aspectos como el último⁹⁰.

Existe otra objeción más bien terminológica respecto a las RSE, por cuanto ellas son también conocidas como relaciones de Doble Sujeción. Dicha doble

sentencia de muerte legalmente pronunciada, en la legítima defensa y en el cumplimiento de un deber. No existe, en cambio, circunstancia alguna prevista en la ley en la que suspenda la prohibición de la tortura, ya que su práctica en la guerra es siempre un crimen de guerra, las penas crueles están expresamente prohibidas, no cabe recurrir a ellas como un medio de legítima defensa y no es posible que pueda cumplirse con un deber ejecutándose un acto que la ley prohíbe en toda circunstancia y a todas las personas". EVANS. E. 2004. Los derechos constitucionales. Tercera edición actualizada por Eugenio Evans. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, p. 116.

⁹⁰ EVANS (n. 89), Tomo I, p. 115. Verdugo y Pfeffer señalan como apremios legítimos el embargo, el arresto, la incomunicación y la posibilidad de corregir y castigar moderadamente a los hijos. Lo interesante sería conocer sobre qué base constitucional, aparte de algún tipo de concepción de reserva legal, construyen la legitimidad del apremio. También puede verse MOLINA (n. 86), pp. 200-201, quien sigue a Evans.

sujeción la he señalado reiteradas veces; ella consiste en la sujeción del individuo al ordenamiento jurídico en su calidad de ciudadano o de miembro de la especie humana y por otra parte, la sujeción específica que se produce en el ámbito propio de sus funciones y fines. Esta objeción terminológica conviene aclararla por cuanto acierta al hecho de que no en todas las RSE se produce dicha doble sujeción. En el caso de los funcionarios y de los miembros de los cuerpos armados de una sociedad ello resultaba mucho más claro, y por algo fueron los dos primeros grupos de personas identificados como RSE. Pero ella no se produce en el caso de quienes se encuentran privados de libertad, por cuanto mientras dure dicha privación de libertad no existen propiamente dos sujeciones sino que tan solo una. En los demás casos tradicionales el individuo se encuentra sometido a una situación de diferenciación de sus funciones como ciudadano de aquellas propias de cada RSE, al punto que físicamente puede salir de los establecimientos o instituciones en los cuales se concreta la relación de sujeción. En el caso de quienes se encuentran privados de libertad ello no es posible. Por lo tanto, podríamos hablar más que de Relaciones de Sujeción Especial o de Doble Sujeción, de *status*. Este ha sido definido como “un *complejo de situaciones* jurídicas diversas (potestades, derechos, obligaciones, etc.) consideradas unitariamente en función de un determinado rol social o jurídico de las

personas”. El vocablo de status cumpliría un doble rol: por una parte, el acotar a un colectivo de personas que ostentan un conjunto de situaciones jurídicas comunes, y por otra, la designación sintética y abstracta de dicho conjunto de situaciones jurídicas. Al status de funcionario, soldado, estudiante o reo se le somete a una regulación unitaria⁹¹. Y dentro de estos subdistinguir aquellas situaciones que reflejan el carácter de doble sujeción (RSE). Por ser este uno de los pocos trabajos que explora la institución de las RSE en nuestro ordenamiento jurídico, mantendré la terminología de Relaciones de Sujeción Especial, haciendo la prevención necesaria de que en el caso recién expuesto no se produce aquella doble sujeción, pero se mantienen las características de acentuada dependencia con la Administración, de orden jerárquico, de subordinación y poder disciplinario, así como de regulación específica o unitaria que, mirada en conjunto, implica una mayor afectación de los derechos fundamentales que en otras situaciones.

Lo que desarrollaré en esta tesis en los siguientes apartados consiste en la identificación en nuestro texto constitucional de los supuestos de RSE, basándome en aquellos que la dogmática comparada ha señalado como tales. Y no sólo la identificación de aquellas normas que constituyen una restricción

⁹¹ SANTAMARÍA (n. 57), p. 410.

a los derechos fundamentales, sino de aquellas que permitan fundamentar su *restringibilidad* en las hipótesis de RSE⁹². Dicho análisis prosigue con la legislación especial de cada uno de los casos, y de los problemas que se perciben dentro de ellas, teniendo presente la doctrina y jurisprudencia que dan cuenta de ellos.

⁹² La distinción es de ALEXY (n. 8), p. 273.

IV. LAS RELACIONES DE SUJECCIÓN ESPECIAL EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA

En este capítulo se abordarán las posibles RSE que se contemplan en el texto de la Constitución chilena. Se intentará identificar las diversas categorías que puedan encontrarse en la carta fundamental, incorporando el análisis jurisprudencial donde se verifique la existencia de limitaciones de derechos fundamentales en pos de los fines propios de la función bajo la cual el sujeto se encuentra sometido.

IV.1. Las relaciones de sujeción especial y la doctrina sobre la titularidad de los derechos fundamentales

Como se señalara en la introducción, las RSE como categoría pertenecen a uno de los problemas centrales del derecho constitucional, cual es, determinar quiénes son titulares de derechos fundamentales. Por ello, resulta conveniente

comenzar señalando algunos aspectos generales sobre la titularidad de los derechos en nuestra Constitución.

Algunos autores señalan que en los antecedentes de la Comisión de Estudios para una Nueva Constitución (CENC) se discutió sobre quiénes se verían amparados por el recurso de protección, más allá de la discusión particular que se realizó sobre cada derecho. Se llegó a la conclusión de que debía existir una titularidad amplia de la misma, siempre que fuese en ejercicio legítimo de un derecho. La primera doctrina, basándose en dichas actas señalaría que el reconocimiento de titulares debía realizarse con la mayor amplitud posible, resguardando tanto personas naturales como jurídicas, y dentro de estas, de derecho privado como público⁹³. Tal es la amplitud que reconoce dicha doctrina, e incluso alguna jurisprudencia, en materia de titularidad de derechos fundamentales, que la han extendido a

⁹³ El primero en señalarlo sería SOTO, E. 1982. El recurso de protección: orígenes, doctrina y jurisprudencia. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 73-74, quien desde una perspectiva procesal relativo a la legitimación activa necesaria para recurrir –propiamente accionar– de protección concluye lo anterior. Además, en la primera jurisprudencia del recurso de protección que cita en su libro se recoge este planteamiento. Verdugo y Pfeffer señalan, basándose en la sesión N° 156 de la CENC, que el cambio de la locución habitante de la Constitución de 1925 por la voz persona en la Constitución de 1980 implica una amplitud conceptual por cuanto comprende a las personas naturales, las personas jurídicas, y agregan que no sólo a las que están en el territorio de la República sino que también a las que están fuera de él. Más adelante, al referirse al recurso de protección, citando la sesión 215, agregan a lo anterior que un grupo de personas que carece de personalidad jurídica también sería titular de la acción de protección. VERDUGO, NOGUEIRA, y PFEFFER (n. 86), Tomo I, pp. 194, 342. Manuel Núñez también lo señala -aunque utilizando la voz titular de derechos- respecto a la extensión de los derechos a las personas jurídicas, para lo cual cita a la Comisión Ortúzar. NÚÑEZ, M. 2001. Titularidad y sujetos pasivos de los derechos fundamentales. XXXI Jornadas chilenas de derecho público. Revista de Derecho Público Tomo I 63:204. Aunque sin citar a la CENC ni nombrar al Estado o a los organismos públicos, Hernán Molina sí lo hace respecto a las personas naturales y jurídicas, y de cualquier grupo o asociación aunque carezcan de personalidad jurídica. MOLINA (n. 86), p. 195.

aquellas colectividades que han visto cancelada su personalidad jurídica e incluso a la sucesión del causante⁹⁴. Además, no realizan ninguna distinción en cuanto si realmente son predicables todos los derechos fundamentales para todos los titulares de la misma forma, con un mismo contenido y extensión. A ello contribuye, por una parte, la amplia legitimación activa reconocida en la acción de protección en su artículo 20 (“*El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos*”) que al parecer ha sido confundida como sinónimo de titularidad, y por otra, a la poca prolijidad con la cual se ha reformado la Constitución, lo que será tratado más adelante. Dada la práctica constante en materia de interpretación jurídica de recurrir al tenor literal de las disposiciones, se ha señalado que las expresiones contempladas en el artículo 20 son de carácter general, por lo que su interpretación basada en el tenor literal puede alcanzar una extensión casi ilimitada. Resulta fácil, a partir de la redacción de dicho precepto, concluir que esta acción se otorga a toda persona, y en concordancia con el encabezado del artículo 19, la extensión sin mayor reflexión hacia las personas jurídicas, grupos carentes de personalidad jurídica y a los entes públicos⁹⁵.

⁹⁴ Ver los fallos en SOTO (n. 93), p. 75.

⁹⁵ Esta forma de interpretación ha sido denunciada de tener un carácter militante respecto a la distribución, relación y control recíproco de los poderes al interior de la Constitución, al permitir la extensión de la potestad de una Corte a cualquier ámbito sin restricción ni límite alguno. Se agrega que dicho argumento sería

Sumado al problema de la falta de prolijidad en materia de titulares como de legitimación activa, se ha vuelto un lugar común en la práctica constitucional invocar como derecho amenazado, perturbado o privado, el derecho de propiedad sobre cosas incorporales, extendiéndolo a todo el catálogo de derechos constitucionales, para soslayar el límite que el artículo 20 consagra respecto de los derechos recurribles de protección. Las consecuencias de esto ha sido el uso y abuso del recurso de protección en forma creciente. Un estudio reciente señala que su empleo ha crecido en un 7200% entre 1978 y el año 2001⁹⁶. Las denuncias en contra de esta situación hablan de propietarización de los derechos⁹⁷, de inflación de derechos⁹⁸, de ser

tautológico, “en la medida en que sustenta la afirmación sobre el significado de una expresión exclusivamente en una paráfrasis del mismo, sin aportar elementos adicionales. Esto implica en los hechos que el sentenciador se libera de la carga argumental, en la medida en que la referencia al tenor literal de una disposición no explica por qué se le asigna a la misma tal o cual significado, sino que se remite a una reformulación de la misma sobre la base de la competencia lingüística del propio intérprete, cuando más, refrendada en la referencia a un sentido natural y obvio de la expresión apoyado en su significado según la R.A.E.”. ALDUNATE, E. 1999a. La protección al acecho: Las consecuencias del abandono de las reglas de interpretación constitucional en el ámbito del recurso de protección. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* (XX):233-234.

⁹⁶ En 1978 se presentaron 67 recursos en todo el país. El año 2001 se presentaron 4.899. CARMONA, C. 2005. *El contencioso-administrativo entre 1990 y 2003*. En FERRADA, J. C. (coord.). *La justicia administrativa*. Santiago, Lexis Nexis, p. 237.

⁹⁷ “La propiedad, así, tiende a cubrir todo el derecho, todas las titularidades, todas las posiciones jurídicas, todos los ámbitos jurídicos, sea respecto a cosas o personas (o incluso a realidades, como las técnicas, los actos, u otras). [...] Esta práctica es abiertamente corrosiva; es una relajación del concepto de propiedad, lo que evidencia su completa crisis actual, y el peligro, para Chile, de que, al final, cuando ‘todo’ sea propiedad (derechos, técnicas, actos, ámbitos, situaciones, etc.), ya por lógica, al mismo tiempo, nada va a ser propiedad, pues se habrá inundado completamente en medio de este exceso”. VERGARA, A. 1991-1992. *La propietarización de los derechos*. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* (XIV):291.

⁹⁸ “Es así como ante las cortes de apelaciones, competentes para conocer del recurso de protección, se han presentado recursos fundados en dicho artículo constitucional [19 n° 24] para proteger ‘derechos’ de propiedad sobre franquicias o beneficios económicos otorgados por decreto supremo y después revocados, sobre el derecho a promover programas y preparar cursos educacionales, sobre permisos municipales de edificación, sobre la calidad de alumno o estudiante de un establecimiento educacional, sobre empleos,

ellos el sitio eriazo del derecho constitucional chileno, de desconstitucionalización⁹⁹, y últimamente, de vulgarización del derecho¹⁰⁰. Es más, algún autor desde un análisis procesal, ya ha señalado la imposibilidad de construir una verdadera dogmática de los derechos fundamentales vía recurso de protección¹⁰¹.

Todo ello no resulta muy útil del punto de vista del sentido normativo de la Constitución. Así como desde la entrada de la actual Constitución existen distintos tipos de garantías jurisdiccionales que no pueden ser analizadas como una sola por versar sobre distintos derechos y procedimientos, de la sola lectura del texto actualmente vigente de la Constitución, uno percibe que no todos los derechos están consagrados en forma universal. Respecto a lo

funciones y cargos públicos y privados o sobre la estabilidad en ellos, sobre el derecho a la carrera funcionaria, sobre el uso y goce de los servicios de suministro de agua y gas o de teléfonos, sobre lograr una correcta reliquidación de la pensión, sobre el derecho de jubilar, sobre la clientela comercial, etc.”. GUZMÁN, A. 2006 Las cosas incorpóreas en la doctrina y en el derecho positivo. Segunda edición actualizada. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 104.

⁹⁹ ALDUNATE (n. 74): 32.

¹⁰⁰ “El derecho lo que hace es *reducir* la contingencia porque una de las razones por las que lo político tiene valor es que nos permite llevar nuestras vidas privadas. Esas vidas necesitan mecanismos de reducción de la contingencia, que nos permitan planificar nuestras vidas y vivir conforme a nuestros planes y no simplemente ser cuerpos a través de los cuales la vida es vivida. La política como contingencia, el derecho como negación de la contingencia. Si intentamos sujetar la política al derecho, podemos perder ambos: al derecho porque se hace contingente, vulgarizándose; la política porque se hace no-contingente, en el sentido de que se transforma en una actividad puramente gerencial, reducida a simple racionalidad de medios, pues los fines a los que esa actividad gerencial se orienta ya están determinados por la constitución y sus intérpretes autorizados”. ATRIA, F. 2005. El derecho y la contingencia de lo político. Derecho y Humanidades (11): 37.

¹⁰¹ BORDALÍ, A. 2006. La tutela de los derechos fundamentales bajo un sistema dual de Justicia Constitucional. En: Justicia Constitucional y derechos fundamentales. Santiago, Lexis Nexis, p. 53, quien en esto sigue a Gastón Gómez. En el mismo libro, el profesor Ruiz-Tagle señala como positiva la posibilidad de que los derechos económicos y sociales puedan recibir tutela judicial, no sólo por la vía de propietarizarlos, sino que a través de la “convertibilidad” con otros derechos en una suerte de infinitas posibilidades combinatorias. RUIZ-TAGLE, P. 2006a. Una visión democrática y liberal de los derechos fundamentales para la Constitución chilena del Bicentenario, p. 121.

primero, la propia Constitución consagra diversas acciones constitucionales, las cuales tienen por regla general una legitimación activa restringida. Cuando aquí se habla de legitimación activa se hace principalmente en el sentido de *legitimatío ad processum*, y no de *legitimatío ad causam*. La segunda sería aquella relación en que se encuentra el sujeto de un determinado proceso con respecto al objeto del litigio, que garantice la eficacia de la decisión jurisdiccional. La primera, en cambio, se refiere a un presupuesto procesal, cual es, la capacidad de presentarse en juicio por sí o por otros. Como veremos, nuestra Constitución al tratar las diversas acciones constitucionales, no permite accionar o requerir por el solo deseo de garantizar el respeto de la legalidad objetiva, salvo en algunos casos relativos al Tribunal Constitucional donde el fin es propiamente ese, pero incluso allí se limita la posibilidad de quiénes pueden recurrir por la vía de enumerar taxativamente a los legitimados. Allí nos encontramos ante una hipótesis de *legitimatío ad processum*¹⁰².

En la acción de responsabilidad por error judicial el legitimado activo debe haber sido condenado o sometido a proceso en cualquier instancia, y además requiere que la sentencia condenatoria haya sido declarada por la Corte

¹⁰² CORDERO, E. 2005. La legitimación activa en el proceso contencioso-administrativo. En FERRADA, J. C. (coord.). La justicia administrativa. Santiago, Lexis Nexis, pp. 392-395.

Suprema como injustificadamente errónea o arbitraria. La acción de reclamo de legalidad del acto expropiatorio restringe la legitimación activa al titular del bien a ser expropiado (artículo 19 n° 24 inciso 3°). La acción de responsabilidad del Estado Administrador establece como legitimado activo a la persona que sufre una lesión en sus derechos (artículo 38 inciso 2°). Similar situación se puede encontrar en los legitimados activos que deseen accionar ante el Tribunal Constitucional. Respecto al control preventivo de constitucionalidad (artículo 93 n° 1) que versa sobre leyes interpretativas constitucionales, leyes orgánicas constitucionales, incluyendo normas de tratados que versen en materias de LOC, la Constitución contempla como legitimada a la Cámara de origen. Para el caso de control constitucional de los auto acordados de la Corte Suprema, Cortes de Apelaciones y Tribunal Calificador de Elecciones (n° 2), la Constitución legitima al Presidente de la República, a cualquiera de las Cámaras, a diez de sus miembros, o a cualquier persona que sea parte en un juicio o gestión pendiente o desde la primera actuación en un proceso penal que afecte el ejercicio de sus derechos fundamentales. Para el caso de cuestiones de constitucionalidad que se produzcan en la tramitación de las leyes, de reformas constitucionales o tratados sometidos a la aprobación del Congreso (n° 3), los legitimados son el Presidente de la República, cualquiera de las Cámaras o una parte de sus

miembros en ejercicio. En las cuestiones de constitucionalidad de un Decreto con Fuerza de Ley, se legitima al Presidente de la República dentro de 10 días después de que la Contraloría lo rechace por inconstitucional, a cualquiera de las Cámaras o una cuarta parte de sus miembros en ejercicio si la Contraloría hubiere tomado razón del DFL impugnado de inconstitucional. Respecto a la constitucionalidad de la convocatoria de plebiscito (nº 5), la Constitución señala como legitimados al Senado o a la Cámara de Diputados. En el caso de la acción de inaplicabilidad (nº 6) la Constitución legitima a cualquiera de las partes dentro de un proceso jurisdiccional y al juez que conoce del asunto, tanto ante un tribunal ordinario como especial. En los casos en que el Presidente de la República no promulgue una ley que debía promulgar o promulgue un texto distinto del que corresponda (nº 8), son legitimados para accionar cualquiera de las Cámaras o una cuarta parte de sus miembros en ejercicio. Respecto a un decreto o resolución que la Contraloría represente por estimarlo inconstitucional (nº 9), el legitimado activo es el Presidente de la República. En las contiendas de competencia entre autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, que no corresponda resolver al Senado (nº 12), los legitimados activos son las autoridades o tribunales en conflicto. Respecto a las inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios (nº 14), la legitimación corresponde

al Presidente de la República o a un mínimo de 10 parlamentarios en ejercicio. Por último, respecto a la constitucionalidad de los decretos supremos que pudiesen referirse a materias propias de dominio legal (nº 16), corresponde la legitimación a cualquiera de las Cámaras, y en el caso que los vicios no se refieran a decretos que excedan la potestad reglamentaria autónoma del Presidente podrá una cuarta parte de los miembros en ejercicio requerir por ello. Por último, la propia acción de protección exige para que se restablezca el imperio del derecho y se asegure la protección debida del afectado frente a los actos u omisiones ilegales o arbitrarios que priven, perturben o amenacen el ejercicio de uno o más derechos allí enumerados, que dicho ejercicio sea *legítimo*.

En lo referente a la afirmación de que no todos los derechos están consagrados en forma universal, si se tiene presente otro tipo de consideraciones además del texto constitucional, como es la propia historia de los derechos, ello resulta bastante verosímil. Los derechos nacieron como manifestación de la libertad individual del hombre en oposición al poder estatal, por lo que no es sencillo afirmar que las personas jurídicas, que son propiamente creaciones artificiales reconocidas por el ordenamiento jurídico, que agrupaciones o entes colectivos que carecen de personalidad jurídica (por

lo que resulta difícil afirmar una identidad jurídica diversa de sus miembros que sea centro de imputación), o el propio Estado, tradicional sujeto pasivo de los derechos, sean titulares de derechos fundamentales, y en caso que lo sean, que ellos tengan el mismo ámbito personal de validez universal que se produce con las personas individuales o naturales. En los orígenes de las declaraciones de derechos se hablaba de derechos del hombre o del ciudadano como sería el caso de declaraciones fruto de las revoluciones norteamericana y francesa. Para el caso de Chile cabe señalar que el Reglamento de 1812 y las Constituciones de 1818, 1823, 1828 y 1833 consagran los derechos en calidad de naturales e imprescriptibles, como señalaría el Preámbulo de la Constitución de 1822. En esta última se reconocían los derechos a los *habitantes* del país, lo cual permitiría establecer como criterio de protección en cuanto espacio temporal el encontrarse el titular residiendo en el país. Por razones contingentes, se consagraba que el español era nuestro hermano y que el desgraciado que buscara asilo en Chile sería objeto de nuestra hospitalidad y socorro, siendo honrado. En las Constituciones de 1828 y 1833 se consagraba como titular a todo *hombre*. Respecto al derecho de propiedad, en la Constitución de 1833 se consagraba su inviolabilidad sin distinción de si pertenecían a particulares o comunidades¹⁰³. Se ha señalado que esta

¹⁰³ Artículo 12: “*La Constitución asegura a todos los habitantes de la República: N° 5 La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción de las que pertenecían a particulares o comunidades, i sin que nadie*

referencia debía entenderse como una protección de las órdenes religiosas que en años anteriores se habían visto amenazadas en su propiedad.

Conocida es la historia de que la Constitución de 1833 por la vía de leyes interpretativas fue adaptándose a los cambios sociales, y ello repercutiría en la determinación de quienes serían titulares de derechos. Debido a la existencia del Estado confesional, en 1865 por la vía de una ley interpretativa del art. 5º se comenzó a consagrar como derecho la libertad de cultos, produciendo una nueva calidad de titulares al permitir a quienes no profesaran la religión católica, apostólica y romana, que profesaran el culto que practicaban dentro de los edificios de propiedad particular, así como fundar y sostener escuelas privadas para poder educar a sus hijos en su religión¹⁰⁴. En 1874 una nueva ley de reforma constitucional introdujo nuevos derechos a los ya reconocidos. Estos derechos no se inspiraban en las ideas liberales individualistas de la época, sino que serían libertades con proyección social, como el derecho a reunirse sin permiso previo y sin armas, el derecho de asociación y la libertad de enseñanza.

pueda ser privado de ella por pequeña que sea, o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial; salvo el caso en que la utilidad del Estado, calificada por una lei, exija el uso o enajenación alguna; lo que tendrá lugar dándose previamente al dueño la indemnización que se ajustare con él, o se avaluaré a juicio de hombres buenos”.

¹⁰⁴ El artículo 5 decía: “La religión de la República de Chile es la Católica, Apostólica, Romana; con exclusión del ejercicio público de cualquiera otra”.

La Constitución de 1925 reflejaría las nuevas tendencias del constitucionalismo de la época, de carácter más social, por lo que se reconocieron en su texto algunos derechos sociales así como algunas reformas sobre derechos existentes, con el objeto de posibilitar una mayor intervención estatal y alcanzar mayor justicia social. Un ejemplo de esto se encuentra en el deber del Estado de constituir la propiedad familiar, así como de proporcionar (por la vía de proteger el trabajo, la industria y las obras de previsión social), un mínimo de bienestar adecuado para satisfacer las necesidades personales y las de su familia, especialmente cuando se refiriera a tener habitación sana y a las condiciones económicas de la vida¹⁰⁵. Por primera vez, aparece una mención de la familia en los textos constitucionales como posible titular de derechos constitucionales. Con la aprobación del llamado Estatuto de Garantías Constitucionales en 1970, en lo relativo a los titulares de derechos fundamentales, se garantizó a los partidos políticos, en aras del pluralismo político e ideológico, la libertad para darse la organización interna que estimaren conveniente, para definir y modificar sus declaraciones de principios y programas y sus acuerdos sobre política concreta¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Artículo 10 N° 4 inciso 2°: “*El Estado propenderá a la conveniente división de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar*”. El otro numeral relevante es el 14°.

¹⁰⁶ Sobre lo recién expuesto puede consultarse BERTELSEN, R. 1987. Tendencias en el reconocimiento y protección constitucional de los derechos en Chile. *Revista Chilena de Derecho* 14:49-58.

Volviendo a la Constitución de 1980, ella originalmente aseguraba los derechos fundamentales a *todos los hombres*, lo que fuera reformado por la ley 19.611 modificando el encabezado del artículo 19, el cual pasaría a asegurar los derechos allí consagrados a *todas las personas*. Esta reforma fue motivada con el fin de consagrar la igualdad entre hombres y mujeres en la propia Constitución. Un sector de la doctrina criticaría esta modificación de absurda e innecesaria¹⁰⁷, por cuanto “*nunca nadie entendió que la igualdad en dignidad y derechos proclamada por la norma original era para los individuos del sexo masculino y no para aquellos del sexo femenino*”¹⁰⁸. Además, se ha criticado esta modificación por cuanto la redacción original del articulado resultaba más acertada, dado que vinculaba “*inmediatamente el estatuto iusfundamental con todo individuo de la especie humana (sin que ello, antes de la reforma, haya sido puesto en duda por autor ni jurisprudencia algunos)*. La actual versión del inciso I de este artículo es una versión débil, ya que la calificación u otorgamiento de la personalidad corresponde siempre al derecho. Esto es un hecho, a tal punto que frente a la posibilidad de desconocimiento de la calidad de persona por el ordenamiento jurídico, se ha incorporado a nivel de tratados internacionales el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica [...] en su versión actual es

¹⁰⁷ NÚÑEZ (n. 93), p. 204.

¹⁰⁸ GUZMÁN, A. 2001. El derecho privado constitucional de Chile. Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, p. 190, con antecedentes en el derecho romano.

necesario recurrir a una argumentación adicional, eventualmente vía art. 5º i. II primera oración, para vincular la idea de individuo de la especie humana con la de persona, a fin de, recién entonces, ampararlo bajo el art. 1º i. I y el artículo 19”¹⁰⁹.

Este sector doctrinario sistematizó la situación de los titulares de derechos en nuestra Constitución realizando distinciones entre las distintas clases de ellos, comenzando por los tres grandes grupos (personas naturales, grupos carentes de personalidad jurídica, y personas jurídicas). Y, a su vez, dentro de cada una de estas categorías formulan nuevas subdistinciones que no trataré en este trabajo¹¹⁰. Dichas distinciones y subdistinciones no son realizadas como mero esquema, por cuanto en cada categoría de titulares no todos los derechos les son reconocidos por igual, excluyendo derechos específicos incluso en el caso de personas naturales, que son los titulares por antonomasia¹¹¹. Este sería el caso de las RSE.

¹⁰⁹ ALDUNATE (n. 63): 189.

¹¹⁰ Aquí puede consultarse NOGUEIRA, H. 1997. Dogmática Constitucional. Talca, Universidad de Talca, pp. 152-154, NÚÑEZ (n. 93), GUZMÁN (n. 108), ALDUNATE (n. 63), y SILVA (n. 88), pp. 31-32.

¹¹¹ Ya el lenguaje de los derechos que utiliza nuestra Constitución los caracteriza como aquellos derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (art. 5). Además es prácticamente unánime que las personas naturales son titulares de derechos en mayor extensión que las jurídicas. Así BARROS, E. 2004. Relación jurídica y derechos subjetivos. Santiago, Facultad de Derecho Universidad de Chile, p. 19.

Como se señaló en el primer capítulo, se han concebido cuatro tipos clásicos de RSE, las cuales tendrían asidero bajo nuestra Constitución. Ahora bien, no reciben el mismo detalle en cuanto a artículos que hacen referencia a ellas. Los funcionarios públicos, los miembros integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden, y las personas privadas de libertad, se encuentran contemplados en el texto constitucional con mayor intensidad que los estudiantes, quienes tan sólo aparecen mencionados en un artículo (art. 19 n° 10)¹¹². Y respecto a las RSE modernas, con la última reforma constitucional de la ley 20.050, se consagró la potestad de jurisdicción ética de los colegios profesionales aunque manteniendo su calidad de asociaciones gremiales, por lo cual cabe dilucidar si tienen o no el carácter de RSE quienes se encuentren colegiados. Existen, a su vez, normas de carácter general que también afectan la regulación de las RSE. En primer lugar encontramos la concretización del Estado de Derecho, fruto de la combinación de los artículos 6° y 7°. El primero consagra la primacía constitucional respecto a otras normas de mayor jerarquía así como su normatividad y el principio de legalidad o juridicidad de los actos estatales¹¹³. El segundo, para alguna doctrina, consagra la

¹¹² También aparecen nombradas las universidades en el artículo 19 N° 12, pero tan solo en lo relativo a la facultad de establecer, operar y mantener estaciones de televisión según lo determine la ley.

¹¹³ Respecto al principio de legalidad bajo la actual Constitución se ha señalado que éste reconoce al menos tres aspectos: la sujeción directa e inmediata a ella como norma jurídica de vinculación directa, que por medio de la ley se atribuyen potestades y derechos, y que no sólo la involucra a ella sino que a todas las normas positivas que por derivación de validez nazcan de la propia Constitución. DIVISIÓN JURÍDICO-

distribución de funciones del poder estatal en órganos diferenciados y la nulidad de los actos que los contravengan¹¹⁴. En relación con el artículo 19, que será analizado con más detalle en las próximas secciones, se encuentra el artículo 5° inciso 2° de la Constitución, destacando no sólo el aspecto de que los derechos consagrados en la Constitución y en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes son límites al ejercicio de la soberanía, sino también aquel relativo a la incorporación de la obligación del Estado consistente no sólo en respetar los derechos fundamentales (*esenciales que emanan de la naturaleza humana*), sino que también de promoverlos. Esto último es relevante en materia de RSE por cuanto el Estado no sólo ve limitado su poder sobre dichos sujetos por el deber de respeto a sus derechos fundamentales, sino que también por el deber de promoverlos, lo cual puede traducirse en programas de capacitación para los funcionarios, así como en los contenidos de las mallas curriculares tanto de los colegios y universidades como de las escuelas y academias matrices¹¹⁵.

LEGISLATIVA MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA. Doctrina Constitucional del Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle. Santiago, SECC, Tomo I, p. 71.

¹¹⁴ Nogueira en VERDUGO, NOGUEIRA y PFEFFER (n. 86), Tomo I, pp. 134-136. Sobre la nulidad de derecho público existe un extenso debate en Chile. Recientemente se ha escrito que dicha terminología no es exacta, por cuanto las nulidades son parte un asunto mayor, a saber, el efecto de las ilegalidades del acto administrativo. “*En Chile, sin embargo, y probablemente por el general desconocimiento del derecho administrativo, y por la audaz proposición de parte de la cátedra de derecho administrativo, ya se ha consolidado el término, tanto en el foro como en la Universidad, lo que no obstante no debe impedir que sea situada en su real dimensión*”. PIERRY, P. 2005. Nulidad de derecho público. En FERRADA, J. C. (coord.). La justicia administrativa. Santiago, Lexis Nexis, pp. 165-166.

¹¹⁵ Aunque algo tardía, por cuanto la moción parlamentaria fue ingresada el 16 de junio de 1994 (Boletín 1238-04), la ley 19.938 publicada en el Diario Oficial el 10 de marzo de 2004, modificó la LOC de Enseñanza agregando al artículo 2° lo siguiente: “promover el estudio y conocimiento de los derechos esenciales que

Teniendo presente este marco general recogido en la Constitución, comenzaré con el análisis de los diversos tipos de RSE contemplados en ella.

IV.2. Las RSE en la Constitución

IV.2.1 La relación funcionarial

La relación jurídica que se produce entre el Estado y sus funcionarios fue la primera junto a la de los soldados en ser concebida como RSE, según vimos en el apartado histórico. Aquí interesa aquella relación funcionarial que no es directamente de naturaleza política, sino más bien técnica. Todas las relaciones funcionariales dicen relación con las políticas de los distintos gobiernos¹¹⁶, pero al menos constitucionalmente se debe distinguir entre aquellos funcionarios de exclusiva confianza del Presidente de la República de

emanan de la naturaleza humana, fomentar la paz.” Este nuevo deber otorga un novedoso título jurídico para demandar la responsabilidad del Estado por incumplir su deber de promover los derechos. Así lo señala GUZMÁN (n. 108), p. 125, en cuanto el Estado con la reforma constitucional de 1989 (Ley 18.825 de 17 de agosto de 1989) quedó obligado a promover los derechos esenciales, no limitado sólo a algunos como resultaría antes de dicha modificación, sino que de todos ellos.

¹¹⁶ “La persona situada en la burocracia percibe el Derecho como un medio de implementación política que puede plegarse a sus objetivos, y también como un medio de solución de problemas que se le presentan”. RUIZ-TAGLE, P. 2002. Funciones sociales relacionadas con el derecho. En: Derecho, justicia y libertad. México D.F., Distribuciones Fontamara, p. 38.

aqueños que no lo son. La Constitución contempla como funcionarios de exclusiva confianza a los ministros de Estado, los subsecretarios, intendentes y gobernadores (art. 32 N° 7), a los embajadores y ministros diplomáticos, y a los representantes ante organismos internacionales (N° 8). Estos no son todos los cargos de exclusiva confianza que existen en nuestro derecho, pero sí son aquellos consagrados constitucionalmente; la propia carta permite crear otros cargos de esa índole por medio de una ley (N° 10). Estos funcionarios de exclusiva confianza son removidos por la sola voluntad del Presidente de la República¹¹⁷. La Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la

¹¹⁷ La jurisprudencia anterior a la entrada en vigencia de la LOC de Bases Generales de la Administración del Estado no consideraba lo expuesto en esos términos. En el recurso de inaplicabilidad caratulado *Zúñiga Benavides, Álvaro y otros* la Corte rechazó el planteamiento de los recurrentes de que un cargo de exclusiva confianza sería de aquellos en que por el carácter de la función se trata de empleos en que tanto el nombramiento como la remoción quedan bajo la potestad discrecional del Presidente de la República o de la autoridad llamada a expedir el nombramiento. En el considerando 9° señaló la Corte Suprema lo siguiente: “*En efecto, por una parte están las leyes impugnadas que declaran de la exclusiva confianza una serie de cargos de la Escala Única de Remuneraciones y por la otra está la norma constitucional que permite al Presidente de la República nombrar y ‘remover’ a los funcionarios que ‘la ley’ denomina de su exclusiva confianza (artículo 32 N° 12). En parte alguna de estas normas constitucionales se exige que la ley para denominar cargos de confianza exclusiva debe forzosamente aparejar la facultad de remover con la de nombrar al arbitrio de la autoridad a los funcionarios correspondientes. La pretensión de los recurrentes sólo se funda en los elementos conceptuales que en sí deben contener esta clase de cargos, y para ello recurren a los ejemplos que dan los números 9 y 10 del referido artículo 32 en que tanto para el nombramiento como para la*

remoción los funcionarios quedan bajo la potestad exclusiva del Presidente de la República y en que se trata de cargos de alta jerarquía y no de funcionarios de carrera, caso este último en que el nombramiento se hace con sujeción a normas específicas y la remoción queda sujeta igualmente a determinadas causales y reglas. No es bastante en consecuencia, aquella simple deducción que se hace por parte de los recurrentes para ver una posible contrariedad entre las disposiciones que se postulan, ya que conforme al texto constitucional nada pudo impedir que una ley en esa fecha, pudiera calificar a cualquier empleo como de exclusiva confianza, como quiera que la filosofía de tal calificación estriba fundamentalmente en la naturaleza y trascendencia de las funciones que deba ejecutar el empleado y el vínculo jerárquico lo liga con la autoridad facultada para disponer su remoción. Tampoco es válido el raciocinio de los recurrentes en cuanto señalan que el artículo 51 de la Ley Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado N° 18.575 haya definido como cargos de la exclusiva confianza aquellos sujetos a la libre designación y remoción del Presidente de la República o de la autoridad facultada para disponer su nombramiento, ya que tal precepto no se encuentra vigente por cuanto el artículo final de esta ley suspendió por dos años su entrada en vigor, lo que significa que sólo puede aplicarse desde el 5 de diciembre de 1988. Aparte de lo dicho sobre su no vigencia actual, este artículo 51 de la referida ley orgánica junto con definir lo que se entiende por cargos de la exclusiva confianza, también establece que la ley sólo podrá conferir dicha calidad a empleos que correspondan a los dos primeros niveles jerárquicos del respectivo órgano o servicio, sin considerar para estos efectos los cargos referidos en los números 9 y 10 del artículo 32 de la Constitución. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional, en sentencia de 2 de octubre de 1986, dictada en ejercicio del control constitucional, en su fundamento 12° que se refiere al examen del artículo 51 en cuanto a la determinación de cargos de exclusiva confianza, dice expresamente que ésta facultad queda entregada por la Constitución a la ley común u ordinaria, pero que este artículo en su inciso 2° impone una limitación a dicha ley al establecer que sólo puede conferir tal calidad a cargos de los dos primeros niveles jerárquicos. De esto se desprende, en consecuencia, que la limitación aludida para determinar cargos de exclusiva confianza, es de carácter legal y no constitucional, y aun cuando el Tribunal Constitucional en ejercicio de su competencia exclusiva, haya

Administración del Estado (LOCBGAE) los define como “aquellos sujetos a la libre designación y remoción del Presidente de la República o de la autoridad facultada para disponer el nombramiento” (art. 49 inc. final). Los demás funcionarios no pueden ser removidos de esta forma según lo establecido por la Constitución; su remoción debe ser regulada de acuerdo a la ley, y ella se concretiza por la vía de un procedimiento conocido como sumario administrativo. Ellos conformarían la burocracia, entendida como la forma de la organización estatal en que el conjunto de funciones está confiado a un conjunto de personas, funcionarios o empleados, que se dedican a dicha actividad de modo continuo¹¹⁸.

declarado que ese artículo 51 está ajustado a la Constitución, tal decisión no lo transforma en precepto constitucional. Por último, y sobre este mismo motivo de inconstitucionalidad, las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución que acompañan los recurrentes, no contienen ningún acuerdo que confirme su tesis en orden a que la Constitución Política imponga a la ley alguna limitación para calificar determinados cargos como de exclusiva confianza, pues en dichos documentos sólo constan opiniones de algunos integrantes de la comisión en el sentido de garantizar la carrera funcionaria, materia que corresponde analizar a continuación”. En RDJ Tomo LXXXV (1988), N° 2 (mayo-agosto), sección 5.

¹¹⁸ Los cargos de exclusiva confianza son similares a cargos honorarios. Son funcionarios políticos, en la terminología weberiana, cuya designación y remoción generalmente se encuentra librada a la decisión de las autoridades de turno. La burocracia, en cambio, es asimilable “a una ‘empresa de dominación’, que para mantener una administración continuada, necesita de dos elementos fundamentales: la orientación de la actividad humana hacia la obediencia, sobre este equipo de personal administrativo y también sobre los medios materiales de administración”. RUIZ-TAGLE (n. 116), p. 37.

La LOCBGAE está contemplada en la Constitución al establecer las Bases Generales de la Administración del Estado en su artículo 38. Dicha ley debe garantizar a los funcionarios la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurar la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes¹¹⁹. La Constitución explícitamente habla de los caracteres técnicos y profesionales que implica la función de los sujetos insertos en una relación funcionarial. Esto significaría entonces un límite en cuanto a la validez de las posibles restricciones de derechos fundamentales, por cuanto ellas se justificarían tan sólo por criterios técnicos o profesionales. Además, vinculado con la promoción de los derechos esenciales de la naturaleza humana, se debe relacionar el derecho a la capacitación y perfeccionamiento de sus integrantes, y no sólo respecto a los caracteres de profesional y técnica. Por lo tanto, salvo el derecho de las personas a la admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin más requisitos que los fijados por la

¹¹⁹ Esto ha sido un punto de controversia en nuestro derecho constitucional. En un principio el Tribunal Constitucional, principalmente la doctrina de la ministra Luz Bulnes y del abogado integrante Eduardo Soto, concebía que la propia carrera funcionaria se encontraba garantizada por la Constitución. En particular, los Roles N° 239 (Remuneraciones para personal no docente), 248 (Moderniza Servicio Nacional de Aduanas) y 276 (Plantas variables para cargos críticos). Luego con los fallos Roles N° 366 (Funciones críticas y gastos reservados) y 375 (Nuevo Servicio Civil) se daría un giro hacia una doctrina más acorde a la Constitución en materia de carrera funcionaria, dado que ella y su garantía son conceptos mencionados por la Constitución pero no definidos por ella, correspondiendo al legislador orgánico constitucional determinar sus características básicas respecto a su ingreso y promoción. Sobre esta discusión puede verse ZAPATA, P. 2005. La administración ante la Constitución y la jurisprudencia. En PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE. Actas XXXIV Jornadas de Derecho Público. Santiago, Lexis Nexis, pp. 577-581. En contra de esta doctrina, Cea señala que la carrera funcionaria se encontraría garantizada en el artículo 38. CEA (n. 74), p. 61.

Constitución y las leyes (art. 19 N° 17), *“todo el resto de los componentes que definirían la carrera funcionaria están entregados a la decisión del legislador orgánico, limitado aquel únicamente a tener que fundar dicha carrera en principios técnicos y profesionales y a considerar algún sistema de capacitación y perfeccionamiento”*¹²⁰.

Respecto al catálogo de derechos, la propia Constitución no sólo restringe, sino que priva a los funcionarios públicos de la titularidad del derecho a huelga, en el artículo 19 N° 16 inciso final:

No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades¹²¹.

Esta prohibición es un claro ejemplo en el cual el constituyente ha privilegiado la continuidad, regularidad, obligatoriedad y permanencia del servicio público, y por ende de las funciones y cometidos que ejecutan los funcionarios, por sobre los derechos de estos últimos¹²². Pero con la salvedad

¹²⁰ ZAPATA (n. 119), p. 577.

¹²¹ El inciso continúa con el siguiente texto: *“Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso”*.

¹²² La Contraloría así lo ha entendido en el Dictamen 58.845/2004, señalando que la norma constitucional resguarda los principio de regularidad y continuidad del servicio público, por lo que la participación de funcionarios en paralizaciones de actividades debe sancionarse con el descuento de sus remuneraciones por el

de que no estamos en el campo propio de los derechos fundamentales, en cuanto la huelga no aparece consagrada con dicha calidad. Así lo ha entendido la mayor parte de la doctrina¹²³. Por ende, no podría sostenerse que ella sea una excepción a un derecho fundamental, sino tan sólo la privación de un derecho subjetivo de jerarquía legal; derecho eventual en cuanto su existencia depende de que sea creado en virtud de una ley.

Otro caso interesante de analizar podemos encontrarlo en el derecho a la privacidad de los funcionarios públicos, especialmente en cuanto producto de la última reforma constitucional fue suprimida del numeral 4º del artículo 19 la referencia a la vida pública de las personas como objeto de respeto y protección. Cabe agregar que dicha reforma elevó de jerarquía a dos principios consagrados con anterioridad en forma legal: el de probidad y el de

tiempo no trabajado, por cuanto su inasistencia tiene origen en actividades que la ley y la Constitución prohíben expresamente.

¹²³ MOLINA (n. 86), p. 257, señala que la Constitución “no ha consagrado explícitamente el derecho de huelga, sino que sólo se ha referido a él en forma casuística, para prohibirlo en casos específicos [...] El derecho de huelga fuera de lo casos expresamente prohibidos en la disposición, queda entregado a la regulación del legislador”. Verdugo y Pfeffer concuerdan en que sería tan sólo un derecho de jerarquía legal que no rompe la relación laboral, tan sólo la suspende. Eso sí, en la reforma constitucional de 1971 se consagró como derecho constitucional y se consideraba que el ejercicio del mismo mantenía la relación laboral. VERDUGO, NOGUEIRA y PFEFFER (n. 86), Tomo I, p. 292. ALDUNATE (n. 52): 77, al tratar sobre la colisión de derechos, señala que la Constitución “entra a regular la colisión entre un derecho que no tiene rango constitucional (derecho a huelga) y un derecho constitucional (salud) y ciertos criterios constitucionales (evitar el daño a la economía del país, al abastecimiento de la población, a la seguridad nacional)”. CEA (n. 74), p. 58, considera que el derecho a huelga sí sería un derecho consagrado constitucionalmente en aquellos casos en que la Constitución no lo prohíbe.

publicidad, en el nuevo artículo 8º¹²⁴. La consagración del derecho a la protección y respeto de la vida pública tuvo su origen en una propuesta del ex Presidente de la República Jorge Alessandri, realizada ante el Consejo de Estado¹²⁵. La doctrina anterior a la reforma constitucional no se encontraba cómoda con dicho concepto e incluso se intentaba disminuir su alcance al no equiparar el objeto de protección de dicha disposición con la vida privada¹²⁶.

¹²⁴ El artículo 3º de la LOCBGAE señala como principios de la Administración del Estado los de probidad, transparencia y publicidad administrativas. Además se han contemplado aquellas conductas que contravienen especialmente el principio de la probidad administrativa en el artículo 64º, como sería usar en beneficio propio o de terceros la información reservada o privilegiada a que se tuviere acceso en razón de la función pública que se desempeña; hacer valer indebidamente la posición funcionaria para influir sobre una persona con el objeto de conseguir un beneficio directo o indirecto para sí o para un tercero; emplear, bajo cualquier forma, dinero o bienes de la institución, en provecho propio o de terceros; ejecutar actividades, ocupar tiempo de la jornada de trabajo o utilizar personal o recursos del organismo en beneficio propio o para fines ajenos a los institucionales; solicitar, hacerse prometer o aceptar, en razón del cargo o función, para sí o para terceros, donativos, ventajas o privilegios de cualquier naturaleza; intervenir, en razón de las funciones, en asuntos en que se tenga interés personal o en que lo tengan el cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive; participar en decisiones en que exista cualquier circunstancia que le reste imparcialidad; omitir o eludir la propuesta pública en los casos que la ley la disponga, y contravenir los deberes de eficiencia, eficacia y legalidad que rigen el desempeño de los cargos públicos, con grave entorpecimiento del servicio o del ejercicio de los derechos ciudadanos ante la Administración.

¹²⁵ Así lo señaló el senador Fernández en la discusión en la comisión del Senado, quien incluso citó del ex presidente lo siguiente: *“el concepto de libertad de prensa, tal como emanó de los postulados de la Revolución Francesa, es hoy algo obsoleto y su vigencia extrema resulta incompatible con el gobierno de los pueblos y con la tranquilidad pública”*. Por ende, estimó *“indispensable la existencia de una disposición constitucional que permita a las personas naturales o jurídicas ofendidas o perjudicadas con una publicación, exigir que se den a conocer los antecedentes en que se funde esta última, sin que el autor de ella pueda invocar fueros ni secretos periodísticos o profesionales. Además, la persona ofendida debe tener acción civil y criminal contra el periodista, si éste no logra probar su información”*. En PFEFFER, E. 2005. Reformas Constitucionales 2005. Antecedentes-Debates-Informes. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 71. SILVA (n. 88), p. 187, cita lo siguiente: *“La unanimidad de los miembros del Consejo [de Estado] ha considerado estas normas como necesarias y saludables e indispensables en todo caso para resguardar a la sociedad chilena de la podredumbre moral en que cierta prensa pretendió sumergirla, o de los descuidos que puedan producirse en las noticias de los medios de comunicación social”*.

¹²⁶ VERDUGO, NOGUEIRA y PFEFFER (n. 86), Tomo I, p. 250, señalan la dificultad de precisar *“el alcance de lo que debemos entender por ‘vida pública’, más aún si en muchas situaciones la frontera entre lo*

La reforma de 2005 vendría a corregir este “*error dogmático constitucional*”¹²⁷ que habría permitido un verdadero blindaje para las autoridades frente a los medios de comunicación¹²⁸. En las observaciones del Presidente de la República, que realizaría a través del veto a la reforma originalmente aprobada, se señaló que la eliminación de la noción de protección a la vida pública se justificaba por “*no resultar claros sus alcances ni interpretación, no tener parangón en el derecho constitucional comparado*

privado y lo público es difusa. No obstante, y de modo genérico, podemos decir que engloba actuaciones de las personas que por su naturaleza deban ser conocidas por la sociedad, a pesar de que si se consideraran aisladamente pudieran estimarse como pertenecientes a la vida privada. Por otra parte, no puede ignorarse que la sociedad respecto al hombre público está en situación de exigir mayor conocimiento de sus actos, pero ello obviamente no autoriza a los medios a imputarle un hecho falso, o que le cause injustificadamente daño o descrédito”. EVANS (n. 89), Tomo I, p. 217, señala que no existen antecedentes del precepto, y que a su parecer “la norma parece dirigida, especialmente, a los medios de comunicación social, los que al informar de esas actuaciones, deben hacerlo con respeto al ser humano, aunque empleen el juicio más acerbo al ejercer el derecho a la disidencia, a la crítica o a la fiscalización”. Esta conclusión, algo intuitiva, la intenta desprender del inciso 2 del antiguo numeral 4. Sobre concepciones constitucionales de carácter intuitivo y total o jerarquizadas, puede verse RUIZ-TAGLE (n. 67): 182-189, quien las contrapondría con aquellas que denomina de carácter razonado y parcial.

¹²⁷ Pablo Ruiz-Tagle en SIMPOSIO: REFORMAS del año 2005 a la Constitución de la República de Chile. 2006. Por José Luis Cea “et al”. Anuario de Derecho Humanos 2006:99.

¹²⁸ Así lo señala ZÚÑIGA, F. 2005. Derechos fundamentales y recurso de protección en la reforma constitucional. En: Reforma Constitucional. Santiago, Lexis Nexis, p. 351. Bascuñán agrega lo siguiente: “*La solución estándar chilena ha consistido en exigir al que formula la imputación la comprobación fehaciente del hecho imputado. Ésa es una pésima solución. Esa exigencia impide la difusión oportuna de información valiosa. Además, expresa un puritanismo inaceptable, al sacrificar la vida privada a la moral social. Es una exigencia propia de quienes detentan el poder y pretenden basar su autoridad en el prestigio moral. [...] La libertad de expresión se ve ahogada por la rigidez con que el poder pretende juzgar la divulgación de la información, y la intimidad se ve amenazada por la laxitud con que los medios pretenden justificar sus investigaciones. Lo consistente con las libertades individuales es invertir el actual estado de cosas: aceptar un margen de riesgo permitido para las imputaciones, pero no para las intromisiones. Ésa es la diferencia necesaria*”. BASCUÑÁN, A. La diferencia necesaria. 2004. El Mercurio, Santiago, Chile, 16 ene., A-2.

*ni en el derecho internacional de los derechos humanos y no ser una norma que manifieste alguna utilidad”*¹²⁹.

Por lo tanto, respecto a la relación funcionarial, se puede afirmar sobre la base del texto constitucional que en principio su resguardo a la privacidad no alcanza aquellas conductas que se realizan en el ejercicio de sus funciones. Ni tampoco a aquellas que, aunque ejercidas no en razón de su cargo, tengan injerencia directa sobre el mismo y sus funciones¹³⁰. Como señala Thompson, a veces algunas palabras *“expresadas o acciones llevadas a cabo como comunicación o conductas privadas pueden, de manera inesperada, adquirir un carácter público, haciéndose visibles de modos no anticipables, posiblemente muy vergonzosos y quizás seriamente incriminatorios”*¹³¹. De lo anterior podría colegirse una restricción a la vida privada de los funcionarios públicos así como de su honra, restricción que vendría exigida por el artículo 4° que consagra que Chile es una república democrática. Y es un lugar común recordar que la etimología de la palabra república proviene del latín *res* (cosa),

¹²⁹ En PFEFFER (n. 125), p. 76. Pfeffer y Evans señalan que dicha eliminación puso remedio a la colisión que se producía entre el derecho a emitir información garantizado por el numeral 12 del mismo artículo y el probable interés de un personaje público. PFEFFER, E. y EVANS, E. 2005. Reforma Constitucional 2005. Derechos y garantías constitucionales, en ZÚÑIGA (coord.) (n. 128), p. 331.

¹³⁰ *“Los actos de quienes sirven funciones públicas dentro de su competencia y otros que han hecho salir de la esfera de su privacidad por actos voluntarios son públicos. En las restantes materias se justifica hacer conocidas de la audiencia las actuaciones del funcionario, aunque no sean realizadas en ejercicio de su cargo, cuando tienen injerencia directa sobre éste”*. VIVANCO, Á. Honra e información: se reedita el conflicto. 2003. El Mercurio, Santiago, Chile, 24 dic., A-2.

¹³¹ THOMPSON, J. 2003. La transformación de la visibilidad. Estudios Públicos (90): 291.

por lo que la cosa pública o el lugar de lo público es aquello sobre lo cual los ciudadanos deliberan, y por ende, quienes ejercen el poder en representación del pueblo soberano, a su vez sujeto originario del poder constituyente, queda sometido a un mayor escrutinio por parte de quienes conforman dicho pueblo. La reforma que eliminó el derecho a la protección a la vida pública, permitiría construir de mejor manera lo anteriormente planteado.

Por otra parte, como señalé anteriormente, la reforma consagró constitucionalmente los principios de probidad y publicidad. La consagración del principio de probidad difícilmente implica *per se* una restricción o privación de algún derecho fundamental en la esfera de actuaciones del funcionario. Dicho principio es inherente a la actuación de un funcionario en el ejercicio de sus funciones y probablemente su consagración constitucional cumpla un rol simbólico y no uno normativo. De hecho ella no ha estado ausente de polémica en la doctrina¹³². Cosa distinta es que dicho principio

¹³² A favor de dicha disposición se pronuncia Ramírez, quien considera que la consagración de este principio es propio de los Estados democráticos de derecho contemporáneos y cita el caso de las Constituciones de Alemania, Italia y España, aunque sin citar de ellas disposiciones que mencionen propiamente a la probidad. RAMÍREZ, J. 2005. Principio de probidad y transparencia en el ejercicio de las funciones públicas: alcances de la nueva Constitución de 2005. En: ZÚÑIGA (n. 128), pp. 237-238. Cea adscribe a su consagración concibiendo como cumplimiento estricto del mismo el actuar diligente por parte de los

legitime la tipificación de delitos específicos que tengan como partícipes exclusivos a los funcionarios públicos, en cuanto dicho principio cumpliría un

gubernantes. También lo hace Zapata, quien señala lo siguiente: *“El Principio de Probidad impone a todos los titulares de órganos públicos el deber de observar una conducta intachable y un desempeño honesto y leal de las funciones respectivas, con preeminencia del interés general sobre el particular”*. Ruiz-Tagle, en cambio, se muestra más reactivo a su consagración, y señala que disposiciones como el nuevo artículo 8° *“nos recuerdan la idea de mérito cívico del artículo 115 de la Constitución de 1823 o el artículo 249 y siguientes referidos a la moralidad nacional y las virtudes cívicas [d]el Código Moral de Juan Egaña que acompañó a la Constitución Moralista”*. Jorge Tapia señala que la ética del empleado del sector privado *“ha pasado al sector de los empleados públicos, dado que no se les ha explicado adecuadamente que, a veces, las virtudes de innovar y emprender, o generar cambios, chocan con la moral pública y con el principio de legalidad. Insistir, por tanto, en que no deben robar y deben actuar de modo transparente, es positivo y tal vez necesario; pero no se necesitaba ventilar el tema a nivel constitucional”*. SIMPOSIO (n. 127): 90, 93-95. Por último, respecto al valor simbólico del precepto se ha señalado que resulta innecesaria *“esta reforma constitucional para penalizar o sancionar aquellas conductas reprochables de los titulares de funciones públicas, que la ley pudiese identificar como contrarias a la probidad. Y aquellas que no son objeto de regulación jurídica específica quedan entregadas al ámbito de los deberes morales, que no es función de la Constitución consagrar. Para decirlo con claridad: el deber de ser probo es al funcionario como el deber de ser bueno para el individuo: es la específica manifestación de un aspecto de la moralidad individual proyectado a la actividad funcionaria. ¿Gana algo el sistema jurídico con la consagración de este principio? No. Más bien pierde. Antes de la reforma el ciudadano que se encontraba con un funcionario que faltaba a la probidad sólo realizaba esa experiencia: un funcionario poco probo. Después de la reforma, el ciudadano que se encuentra con un funcionario que falta a la probidad realiza, además, una experiencia adicional: la de una Constitución cuyos principios declarados no se cumplen”*. ALDUNATE, E. 2005b. El fin de la transición hacia una Constitución de poca importancia. Visión crítica de la reforma de la ley N° 20.050. En: ZÚÑIGA (n. 128), p. 74.

rol de bien jurídico protegido o tutelado, lo cual es una temática propia de la política criminal. El otro principio, el de publicidad, viene a reforzar la eliminación de la protección y respeto de la vida pública de las personas, en particular el caso de quienes ejercen cargos públicos. Aunque dicho precepto no está dirigido a las personas (funcionarios) sino más bien a los órganos del Estado¹³³, y específicamente a los actos y resoluciones administrativas,

ambas reformas encarnan el mismo espíritu: los actos del Estado deben estar sujetos a la mirada y a la crítica, aun despiadada, de los ciudadanos. Sería reduccionista atribuir esto a ‘garantismo’. Más que de la protección del derecho, se trata de crear condiciones que hagan posible exigir responsabilidad en el ejercicio del poder público. Esto viene de alguna manera exigido por el artículo 4 de la Constitución Política¹³⁴.

¹³³ Así lo planteó el senador Larraín en la discusión que se produjo en la comisión sobre el particular. Ver PFEFFER, E. (n. 125), p. 30.

¹³⁴ Rodrigo Correa en SIMPOSIO (n. 127): 96-97. Agrega Correa respecto al principio de publicidad, que este “debe estar sujeto a importantes excepciones. Es así evidente que la investigación de los delitos debe estar sujeta a reserva, lo mismo que las operaciones de inteligencia (vid. la Ley N° 19.974 sobre sistema de inteligencia del Estado, que sanciona con altas penas la divulgación o aprovechamiento de inteligencia sujeta a secreto); buena parte de la información que maneja el Servicio de Impuestos Internos también debe estar sujeta a reserva. La aplicación *in actum* del artículo 8 es problemática. La disposición permite excepciones, pero sólo por ley de quórum calificado. Desgraciadamente el constituyente no dispuso un régimen de transición. Cabe entonces preguntarse si la disposición cuarta transitoria resulta aplicable a la reserva de ley de quórum calificado que exige el artículo 8. Esta disposición establece: ‘Las leyes actualmente en vigor sobre materias que conforme a esta Constitución deben ser objeto de leyes... aprobadas con quórum calificado, cumplen estos requisitos y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales’. Tratándose de una disposición transitoria, su aplicación directa a la reserva del artículo 8 resulta anacrónica. Por otra parte, su aplicación analógica parece estar justificada en cuanto la situación regulada por la disposición cuarta transitoria es la misma que hoy presenta el artículo 8, y porque las dificultades que presentaría la regla contraria son demasiado graves”. También se ha criticado el criterio del interés nacional que permite establecer la reserva o secreto, por cuanto no existiría un parámetro jurídico para realizar el control de la ley que lo invoque: “*La referencia al interés nacional permite márgenes extremadamente reducidos de control a un Tribunal Constitucional, cuya función no lo habilita para sustituir al legislador en la definición de dicho interés, definición de naturaleza eminentemente política. Dicho de otro modo, ¿qué dice el art. 8° nuevo? Los actos y resoluciones, fundamentos y procedimientos de los órganos del Estado son públicos a menos que una ley de quórum calificado disponga lo contrario. Salvo por la referencia al quórum, el viaje no valía la pena*”. ALDUNATE (n. 132), p. 75.

La LOCBGAE recoge esta posibilidad de hacer públicos actos en desmedro de la privacidad de los funcionarios, primero con la obligación de realizar una declaración de intereses, y posteriormente con la reforma de la ley 20.088, publicada en el D.O. el 05 de enero de 2006, al exigir una declaración de patrimonio. La primera se encuentra normada en los artículos 57 a 60 de dicha ley. Ella abarca no sólo a quienes son funcionarios, por cuanto se extiende a los oficiales generales y oficiales superiores de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, y al Contralor General de la República. Dicha declaración de intereses consiste en individualizar las actividades profesionales y económicas en que participe la autoridad o el funcionario (art. 58). Por lo tanto, dicha declaración también implica algún grado de afectación respecto a la libertad de desarrollar cualquier actividad económica (art. 19 n° 21) y que la propia LOCBGAE regula en su artículo 56, limitándola a que dichas actividades sean conciliables con su posición en la Administración, que no perturben el cumplimiento fiel y oportuno de sus deberes, que sean desarrolladas fuera de la jornada de trabajo y con recursos privados, y todo ello sin perjuicio de otras prohibiciones o limitaciones establecidas por ley. Existen claras prohibiciones a la libertad de emprendimiento en el artículo 58, las que se extienden incluso después de

haber cesado en sus funciones, siendo el caso de las ex autoridades y ex funcionarios de instituciones fiscalizadoras cuando sus actividades profesionales impliquen una relación laboral con entidades del sector privado sujetas a fiscalización de dichas instituciones; prohibición que tiene como plazo de duración seis meses desde que expiró dicho individuo en sus funciones.

La declaración de patrimonio, en cambio, además de exigir que ella sea actualizada cada cuatro años, cada vez que sea nombrado en un cargo nuevo, e incluso una vez concluida la función en el cargo, consagra el derecho de cualquier persona de consultar cualquier declaración de patrimonio, debiendo otorgarse copia a quien la solicite. Este aspecto fue discutido por el Tribunal Constitucional. En la sentencia señaló que dichas disposiciones *“deben ser examinadas con sujeción a lo prescrito en el artículo 19 N° 4 de la Constitución, porque allí se asegura, a todas las personas, el respeto y protección de la honra y de la vida privada”*, lo que se traduciría en lo siguiente:

Que la hermenéutica razonable, finalista y el principio de presunción de constitucionalidad, sostenidos reiteradamente por esta Magistratura, llevan a aseverar que la alusión al conocimiento y consulta pública en forma irrestricta de dichas

declaraciones a que se refieren los artículos citados en el considerando precedente, debe ser entendida en el sentido que, el acceso por terceros a esa información, ha de serlo *para las finalidades legítimas* que la nueva normativa persigue, circunstancia esencial que exige, de todos los órganos del Estado involucrados por tales disposiciones, interpretarlas y aplicarlas con el objetivo señalado;

Que en el entendido que se formula en el razonamiento anterior, este Tribunal declarará que las disposiciones mencionadas del proyecto son constitucionales¹³⁵.

El Tribunal estaría limitando el derecho a exigir copia de la declaración patrimonial de bienes a quien persiga aquella *finalidad legítima* que habría que inducir de la ley. Esta ausencia de límite legal al acceso de la declaración fue el principal motivo del voto disidente del ministro Figueroa quien declaró dichos preceptos inconstitucionales¹³⁶. Pero ello implica que el Tribunal

¹³⁵ Considerandos 30°, 31° y 32° de la sentencia Rol N° 460 de 6/12/2005. Las cursivas son mías

¹³⁶ “*Que cabe analizar si las disposiciones citadas, en lo pertinente, se avienen o no con el derecho constitucional reconocido en el N° 4 del artículo 19 de la Carta, en cuanto ordena el respeto y protección a la vida privada de las personas. Nuestra Constitución recoge así la clásica distinción entre la esfera privada y pública de los sujetos de derecho, restringiendo el acceso a la primera a autoridades específicas y en situaciones muy determinadas. En principio, la situación patrimonial de una persona cae dentro del campo de lo privado. No olvidemos que el patrimonio es un atributo de la personalidad. Como tal, merece el respeto y la protección del ordenamiento jurídico. Cuáles son sus bienes, sus rentas, sus créditos y sus deudas, son informaciones a las que el público en general no tiene derecho ni interés legítimo para acceder. Todo un sistema jurídico revela el celo de nuestro legislador para evitar que cualquier persona pueda conocer o interiorizarse de*

agregue un requisito extra que el legislador no contempló, lo cual es

una información tan sensible como la señalada. Recordemos las normas procesales sobre entrada, registro y examen de documentos por parte de los indagadores, la reserva de la contabilidad, el secreto bancario y el sigilo que debe guardarse respecto de ciertas declaraciones tributarias. Que naturalmente estos resguardos no son absolutos, sino que ellos excepcionalmente ceden frente a intereses superiores. Pero en tales casos el acceso siempre se mantiene restringido y para cumplir sólo las finalidades muy específicas que en cada caso se contemplan. Pero podemos recoger, como principio rector, que el penetrar en información reservada, se debe mantener como situación excepcional. Que es cierto que aquellos que desempeñan funciones públicas, deben estar sometidos a una posibilidad de examen mayor de aquellos otros que no cumplen igual actividad. Pero este principio, de sana convivencia democrática, no puede desconocer fronteras de privacidad respecto de informaciones de acceso restringido. Otra cosa sería imponer a la función pública una pesada carga adicional, exponiendo a quien la cumple a la posibilidad de un hurgar malicioso, en pugna con el debido respeto a su privacidad. Que siempre razonando en torno a la función pública, el artículo 8° de nuestra Carta, innovando sobre el particular, recoge el principio de probidad y el de la publicidad de los actos de los órganos del Estado. Aún cuando esta última cuestión no entra de lleno dentro del examen que realizamos, es interesante en todo caso subrayar que el constituyente justifica la reserva o secreto, cuando la publicidad afectare ‘los derechos de las personas’, con lo cual se da realce constitucional a la protección a la vida privada. En cuanto al principio de probidad se podría sostener que la irrestricta publicidad de la situación patrimonial del funcionario y de su cónyuge, es una concreción de aquel postulado. Sin embargo aquello no es así, porque se resguarda suficientemente el principio recogiendo la obligación de declarar el patrimonio y mantener la manifestación actualizada, toda vez que a aquella pueden acceder un sinnúmero de autoridades que pueden cumplir, de manera responsable, funciones fiscalizadoras. El conocimiento por cualquier persona, sin limitación alguna, no mira a una debida fiscalización, sino que hace posible ventilar cuestiones privadas dentro de un público irrestricto, al cual difícilmente se podrá hacer efectivas responsabilidades, frente a un mal uso de la información”. Numerales 3° a 6° del voto del ministro Figueroa.

precisamente lo contrario a la presunción de constitucionalidad que el Tribunal dice sostener para este caso. La presunción de constitucionalidad como criterio hermenéutico no consiste en agregar requisitos por vía interpretativa:

Ésta postula que los juzgadores deben agotar los esfuerzos interpretativos tendientes a conciliar el precepto analizado con la Constitución. Para que un órgano de control pueda destruir esta presunción es necesario, por una parte, seleccionar entre las varias interpretaciones posibles de un precepto, aquella que mejor se ajuste a las exigencias constitucionales. Por la otra, debe existir una duda más que razonable acerca de su validez; el sentenciador debe tener una duda clara e inequívoca que el precepto no se ajusta a la Carta Fundamental, y de lo contrario ha de estar a favor de la constitucionalidad. La presunción de constitucionalidad impone a quien sostiene que el texto de una ley es inconstitucional, la carga de argumentar convincentemente que se da una incompatibilidad entre la norma que ese texto expresa y el sistema de normas que el texto constitucional consagra. Para mostrar que se da esa incompatibilidad, el impugnante habrá de demostrar que la interpretación correcta del primer texto (el de la ley) contradice la interpretación correcta del segundo (el de la Constitución). Cualquier duda acerca de la interpretación correcta de uno u otro texto se resolverá a favor de la ley. Esto es lo que se llama *indubio pro legislatore*¹³⁷.

Una interpretación acorde con la presunción de constitucionalidad es la realizada por el ministro Marín en su prevención al fallo. En lo relativo al respeto y protección de la vida privada señaló que debían concordarse, para la

¹³⁷ CARMONA, C. 2001. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas. En FUNDACIÓN FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DE CHILE. Los tratados internacionales en la jurisprudencia constitucional. Santiago, Universidad de Chile, p.

situación de las autoridades que ejercen los cargos cuyo desempeño impone hacer las aludidas declaraciones, con el principio de probidad del nuevo artículo 8° por cuanto se logra en mejores términos la observancia del mencionado principio, que si tales declaraciones se mantienen en reserva, en la medida que una menor transparencia en este ámbito pugnaría con su cabal cumplimiento. Además, respecto al contenido del derecho afectado, señaló que su ámbito de protección consiste en *“amparar la dignidad personal de los individuos, sin comprender sus bienes materiales, que configuran un atributo externo de la personalidad, como lo demuestra el hecho que las reglas y principios jurídicos que se aplican a las personas sean del todo diversos a los que rigen a sus bienes”*. Ello lo ejemplifica con los casos de secreto que la legislación ha contemplado, los cuáles derivarían de las condiciones y características del sistema económico en que las actividades económicas tienen lugar y no responden a la protección de las manifestaciones íntimas de la personalidad que resguardaría la referida garantía constitucional. Finaliza su prevención señalando lo particular que son las relaciones jurídicas de los funcionarios, análisis que muestra algunos caracteres de la doctrina de las RSE, en cuanto *“la relación del Estado con sus funcionarios no es convencional, sino legal o estatutaria, y su contenido, por ende, puede ser permanentemente alterado por el legislador en beneficio del interés general”*.

Otra cosa que ejemplifica esta disminución de la privacidad de los funcionarios y de sus actos, lo podemos encontrar en los desafíos que representa el uso de nuevas tecnologías en la gestión pública. Hace algunos años se produjeron dos situaciones que involucraban el uso de correos electrónicos por parte de funcionarios. Por una parte, un grupo de funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de e-mails se habrían concertado a favor de un candidato opositor al gobierno, conocidos como *Red Hamlet* por la dirección de la calle en la cual se reunían; por otro lado, un funcionario público con anterioridad al último censo, utilizó dicha tecnología para desprestigiar a la Iglesia Católica, como opción religiosa considerada en dicha encuesta nacional. Se discutió entonces si era admisible extender la garantía del art. 19 N° 5 a la comunicación electrónica que se produce con el envío de un mail. Por un lado, se argumentó que los correos electrónicos no eran equivalentes a una carta, sino más bien a las tarjetas postales, por cuanto ellos circulan por la red en forma abierta y cualquier administrador de un servidor de correos podría visualizarlos sin mediar una operación clandestina, de espionaje o de un “pinchazo”. Pero, por el hecho de ser funcionarios públicos existía otra restricción que atendería a dicha calidad y no sólo al objeto sobre el cual se discutía el alcance de la protección constitucional.

Además de aceptar que pueden sancionarse estas conductas por la Ley de Probidad de la Administración del Estado, toda vez que se están mal utilizando recursos asignados para fines públicos [...] ocurre que en la esfera de la intimidad en un servicio público no es una garantía absoluta que pueda, al extremo, llevar a amparar bajo un manto de reserva conductas ilícitas, por lo cual en caso de una investigación administrativa ningún funcionario podría oponerse a la revisión de sus equipos y casillas de correo electrónico alegando vulneración de su garantía de inviolabilidad de las comunicaciones privadas¹³⁸.

En el plano legislativo, el régimen específico de los funcionarios públicos se encuentra en la ley 18.834, más conocida como Estatuto Administrativo (EA), el cual se encuentra contemplado en la LOCBGAE en su artículo 15, que señala cuales deben ser los contenidos de dicho estatuto. Dentro de las obligaciones que el EA regula existen algunas restricciones a derechos fundamentales. El artículo 61 letra h) obliga a guardar secreto en los asuntos que revistan el carácter de reservados en virtud de una ley, de un reglamento, de su naturaleza o por instrucciones especiales, lo cual amplía la

¹³⁸ JIJENA, R. Hamlet y correos electrónicos. 2002. El Mercurio, Santiago, Chile, 29 jun., A-2. La Corte de Apelaciones de Santiago en el recurso de protección caratulado *De la Puente Droguett y otros con Ministra en Visita Gloria Ana Chevesich*, seis de diciembre de 2004, Rol 7.0001-2004, en el considerando octavo prefirió no zanjar esta discusión en los siguientes términos: “*Sobre el particular y sin entrar a analizar en este recurso, si el contenido de los correos electrónicos, medio de comunicación de reciente data, se encuentran o no para el constituyente comprendidos dentro e la documentación privada que resguarda nuestra Carta Fundamental, o si la circunstancia de que se utilizara por funcionarios para fines particulares dicho medio de comunicación usando equipos computacionales pertenecientes al Fisco de Chile, le pueda restar dicho carácter, en razón que ésta es una cuestión que a juicio de los sentenciadores no corresponde dilucidar en esta instancia. A mayor abundamiento, y de estimar que en las cintas ordenadas incautar, junto con la información propia del servicio, también se contendrían correos electrónicos de carácter personal y privado de los funcionarios estatales, por la indivisibilidad de la misma, hacía imposible que la señora Jueza estuviera en condiciones de identificar y clasificar, a priori, cada uno de los documentos contenidos en ellas*”.

posibilidad de restringir la libertad de expresión no sólo por ley, sino que por reglamento, la naturaleza del asunto o instrucciones especiales, lo cual parece una remembranza de los postulados de Mayer. También se pueden encontrar condiciones de restringibilidad a la privacidad como en el caso de la letra j), que establece la posibilidad de la institución correspondiente de exigir que se proporcionen datos relativos a situaciones personales o de familia, cuando ello sea de interés para la Administración. Se impone una obligación de disponer, afectando uno de los atributos del dominio como es la libre disposición de los propios bienes, al exigir la rendición de fianza cuando en razón de su cargo el funcionario tenga la administración y custodia de fondos y bienes¹³⁹. Dentro de las prohibiciones contempladas en el artículo 84 podemos encontrar otros casos, como la prohibición de accionar en juicios (letra c), de realizar

¹³⁹ Esto debe concordarse con el artículo 68 de la LOC de la Contraloría General de la República: *“Todo funcionario que tenga a su cargo la recaudación, administración o custodia de fondos o bienes del Estado, de cualquiera naturaleza, deberá rendir caución para asegurar el correcto cumplimiento de sus deberes y obligaciones. Las cauciones podrán consistir en seguros, fianzas y otras garantías que determine el reglamento que dicte el Presidente de la República. En dicho reglamento se establecerán, además, las modalidades, el monto y las condiciones de aquéllas; como también las normas relativas a su cancelación y liquidación. Lo anterior, sin perjuicio del ejercicio de las facultades fiscalizadoras de la Contraloría General de la República para velar por el estricto cumplimiento de las normas referidas, y para que se hagan efectivas las responsabilidades consiguientes en caso de infracción”*.

cualquier actividad política dentro de la Administración del Estado, de organizar o pertenecer a sindicatos en dicho ámbito.

Por último existen en la jurisprudencia otras problemáticas relativas a la RSE de los funcionarios. Esta puede encontrarse en materia de traslado de un funcionario en comisión de servicio y sobre procedimientos disciplinarios al interior de la Administración. Respecto a la primera, se ha fallado que si dicha comisión de servicios limita las funciones que anteriormente desempeñaba el funcionario afectado y además ella implica un desmedro, como por ejemplo un espacio laboral físicamente reducido o carecer de secretaria, se produciría un atentado a la dignidad e integridad síquica del funcionario¹⁴⁰. La jurisprudencia reafirmaría la presencia de límites a las potestades que el ordenamiento le otorga a la Administración en la forma de derechos fundamentales.

Esto es aún más notorio en los fallos que han cuestionado los procedimientos disciplinarios. Una primera jurisprudencia extendió las reglas

¹⁴⁰ Corte Suprema, Rol N° 2.958. 2001. La Semana Jurídica N° 45, 29 ago., p. 13. En otro ámbito pero de similar solución, ver la sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 2.258-04, 15 de junio de 2004, que acogió el recurso de protección interpuesto en contra de la Municipalidad de Arica por el traslado de trabajo de una profesora del Colegio Integrado Eduardo Frei, que atentaría no sólo a las causales contempladas en el Estatuto Docente que permiten declarar el traslado (por solicitud de los propios docentes o por la fijación o adecuación anual de dotación sin implicar menoscabo en la situación laboral o profesional) sino que, además, por considerar que atentaba a la libertad de trabajo y al derecho de propiedad de la recurrente.

del debido proceso con el objeto de invalidar los procedimientos disciplinarios, las sanciones que sobre su base se impusieran y, en consecuencia, reincorporar a los recurrentes a sus funciones. Incluso en algunos fallos se argumentó que se estaría privando del derecho de propiedad que el funcionario tendría sobre su cargo¹⁴¹. En *González Moraga, Berta con*

¹⁴¹ “*Que los artículos 38 de la Constitución Política, 35 de la Ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, y 87 de la Ley 18.883, que aprueba el Estatuto Administrativo para los empleados Municipales, garantizan la carrera funcionaria del empleado municipal y establecen el derecho de éste a gozar de la estabilidad de su empleo, del cual no puede ser privado sino por las causales que la ley contempla. Este derecho importa una especie de propiedad, garantizado como bien incorporal por el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política del Estado, como ya lo ha resuelto esta Corte (1°)*”. *Brahm Yuraszeck, Jorge y otros con Uribe Altamirano, Maximiliano, Alcalde de Puerto Montt en RDJ, Tomo XCVIII (2001), N° 1 (enero-marzo), sección 5. “Que, como lo ha resuelto anteriormente esta Corte Suprema, la medida de destitución que puede adoptar un Alcalde Municipal para sancionar a un funcionario de su dependencia sólo puede imponerse cuando ello esté expresamente contemplado en la ley para una conducta ilícita determinada (Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, artículo 123) (1°); Esta interpretación de la norma se ajusta plenamente a las disposiciones constitucionales y legales que garantizan la carrera funcionaria, la estabilidad en el empleo y el consecuente derecho de propiedad garantizado como bien incorporal por el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República, que requiere para su debida cautela que la sanción que pone término al empleo no esté sujeta al mero arbitrio del Alcalde, en cuanto éste puede infligirla indistintamente por cualquier falta, sino que sólo puede aplicarla a los casos contemplados expresamente en la ley, como son los referidos al artículo 123, ya citado (2°); Que en la especie, al haber el recurrido dictado y aplicado el Decreto Alcaldicio que se menciona en el razonamiento cuarto del fallo que se revisa, provocando la destitución de la recurrente en un caso no previsto en la ley, y en consecuencia careciendo de facultades para ello, ha cometido un acto ilegal que priva indebidamente a la recurrente de su derecho a la estabilidad del empleo, garantizado en el N° 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República (3°)*”. *Verdugo Sáez, Patricia con Alcalde de la Municipalidad de Santo Domingo, en RDJ, Tomo XCI (1994), N° 3 (septiembre-diciembre), sección 5. “Que el acto impugnado perturba la garantía del debido proceso, que la Carta Fundamental asegura al recurrente en su artículo 19 N° 3, al pretender invalidar una resolución dictada por autoridad competente que falla un sumario administrativo seguido en un proceso regular y legal en cuanto a sus trámites esenciales y, además, constituye una amenaza para su derecho de gozar de un empleo estable en tanto cumpla debidamente sus obligaciones funcionarias y no sea privado de su empleo sino sólo por los medios que la propia ley establece, que le garantiza el citado artículo 19 N° 24 de*

Director General del Servicio del Registro Civil e Identificación, la Corte plantea dos posibilidades en lo referido al poder sancionador de la Administración respecto a la posibilidad de destituir un funcionario¹⁴². En el considerando 13º, la Corte de Apelaciones plantea la existencia de dos tesis:

A) Tesis administrativa, sustentada a través de numerosos Dictámenes de la Contraloría General de la República y que en síntesis sostiene que, sin perjuicio de las configuraciones sancionatorias reguladas en las letras a) a d) del artículo 119, ‘todo hecho que importe una grave infracción a las obligaciones y

la Constitución (6º)”. Herrera Delgado, José con Contralor Regional de Aysén, en RDJ, Tomo XCV (1998), Nº 1 (enero-abril), sección 5. “Que, por tanto, la cuestión estaba resuelta al acogerse la reposición y todo acto posterior que en base a los mismos hechos pretendiera poner término a la función, atacaba directamente el derecho de propiedad sobre el cargo que correspondía al funcionario, aun a contrata, y debe ser enmendado por esta vía, sin que obste para ello que existan otros medios para reclamar de la actuación ilegal, pues la Constitución se preocupa de señalar de manera expresa que el recurso de protección procede sin perjuicio de los demás caminos o acciones que las leyes contemple al efecto (5º). Que, además, de todo lo expuesto, resulta que el decreto alcaldicio que acogió la reposición estaba cumplido, produciendo todos sus efectos, pues al funcionario se le descontó la multa, lo cual desde luego implica que se reintegró a su función y posteriormente se le recontrató por un nuevo período, adquiriendo con ello un derecho. De este modo el Municipio perdió toda opción a declarar por sí mismo la nulidad del acto, pues aunque es verdad que los agentes públicos pueden anular sus actos ilegales, no es menos cierto que la doctrina y la jurisprudencia concuerdan en que esa facultad cesa cuando esos actos están cumplidos y han constituido derechos en favor de terceros. En el presente caso permitir al agente público anular un acto, perjudicando un derecho generado por su antecesor, importaría constituirlo en tribunal, y por tanto, en comisión especial, pues sólo un tribunal puede declarar que un derecho ha sido ilegítimo, y por ende, sólo aparentemente, adquirido (7º). Que, por consiguiente, se ha quebrantado el derecho de propiedad, respecto de la función, que corresponde al recurrente, como asimismo su derecho a no ser juzgado por comisiones especiales, y todo ello mediante un acto ilegal del recurrido, lo que basta para acoger el recurso de protección y dejar sin efecto el decreto que motivó esta acción constitucional”. López Díaz, Carlos Enrique con Alcalde de la Municipalidad de La Palmilla, en RDJ, Tomo XCVIII (2001), Nº 1 (enero-marzo), sección 5

¹⁴² En RDJ, Tomo LXXXIX (1992), Nº 1 (enero-abril), sección 5.

deberes funcionarios, faculta a la autoridad para aplicar la medida disciplinaria de destitución, ya que se encuadraría en la definición causal genérica del inciso 1° del artículo 119: ‘Decisión de la autoridad de poner término a los servicios de un funcionario’

B) Interpretación jurisprudencial contenida en un fallo de la Excm. Corte Suprema de 24 de enero de 1991 [*Brahm Yuraszeck*], conforme a la cual la medida de destitución una autoridad no puede ‘infringirla indistintamente por cualquier falta, sino sólo puede aplicarla a los casos contemplados expresamente por la ley’ y que la palabra ‘siempre’, que emplea el inciso 2° del artículo 119, debe entenderse en el sentido de que en estos casos no ha de considerarse ‘la existencia de circunstancias atenuantes’, como lo ordena el artículo 116, para rebajar la medida consultada en el Estatuto Administrativo. De esta manera ‘para aplicar la medida disciplinaria de destitución, es necesario que esta pena esté expresamente contemplada como sanción de una conducta ilícita determinada por la ley’.¹⁴³

Ambas tesis haciendo una lectura desde los derechos fundamentales, implican diversos grados de protección. La tesis administrativa resulta mucho más funcional a la posibilidad de tener una Administración más eficiente que pueda destituir a los funcionarios menos aptos. La tesis jurisprudencial podría decirse que resulta más garantista respecto a los funcionarios y sus derechos. Sumado a lo anterior, el fallo postula como límite al legislador la prohibición “*de establecer causales abiertas o implícitas que habiliten a la autoridad para aplicar medidas de rigor extremo*” (17°). Esta segunda tesis sería la seguida por la jurisprudencia recién citada.

¹⁴³ En el fallo, para respaldar ambas tesis se cita el libro del profesor Pantoja, Rolando, *Estatuto Administrativo Interpretado*, Ed. Jurídica de Chile, 1991, pp. 324-325, y en la interpretación jurisprudencial los considerandos citados son el 3° y 4° de *Brahm Yuraszeck*.

Una segunda línea jurisprudencial se apartaría del criterio que concibe la existencia de un derecho de propiedad sobre el cargo o sobre la función¹⁴⁴. Y también atenuaría la exigibilidad lisa y llana de las garantías de un procedimiento racional y justo en el ámbito administrativo¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Tempranamente en *Pavez Urrutia, Jorge y otra con Ministro de Educación Pública*, se señalaba, en el considerando 18° que “ningún estudioso del Derecho Laboral ni del Derecho administrativo considera la existencia de un derecho de propiedad sobre el empleo o sobre un cargo o función pública: a lo más se habla de estabilidad del trabajo o de inamovilidad —en el caso del fuero sindical y maternal— para referirse a la situación de permanencia laboral. Lo que sí todos los autores reconocen es que los trabajadores son dueños de los derechos que emanan de su empleo o cargo, con motivo del contrato o del nombramiento, en su caso, y gozan de un crédito o derecho incorporal para exigir los beneficios que resultan de tal condición. Por lo demás, sostener que un empleado público tiene sobre su cargo el derecho establecido en el artículo 19, N° 24 de la Constitución, llevaría al absurdo de que, al aplicar en su integridad esa disposición, sólo podría ser privado de su cargo o función “en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador”, lo cual es contrario a la lógica más elemental”, en RDJ, Tomo LXXXIII (1986), N° 2 (mayo-agosto), sección 5. Más reciente puede verse *Chernilo Muller Ely y otros con I. Municipalidad de Renca y Contraloría General de la República*, rol 1921-2001, Libro Protecciones, N° 1-4, protección, y *Cayuman Henríquez Luis y otros con Aylwin Azócar Arturo, Contralor General de la República*, rol 3580-01, 4 de octubre de 2001, Libro Protecciones, N° 1-4, protección. Respecto a estos últimos, el profesor Ruiz-Tagle ha comentado que, aún cuando la Corte de Apelaciones de Santiago señaló que no correspondía confundir instituciones jurídicas diversas (confundir titularidad de un derecho con la propiedad), en el fallo *Chernilo Muller* resulta curioso que la Corte Suprema confirmara la sentencia apelada cuando correspondía rechazarla si en su propia opinión no existía un derecho constitucional que la fundamentara. RUIZ-TAGLE, P. 2003. Comentario a la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema chilena durante el año 2001. *Revista de Estudios de la Justicia* (3):73-74.

¹⁴⁵ *Flores Carvajal Graciela con Director Nacional del Instituto de Desarrollo Agropecuario y Contraloría General de la República*, rol 3401-01, 4 de octubre de 2001, Libro Protecciones, N° 1-4, protección, se señaló por la Corte de Apelaciones de Santiago lo siguiente: “Que, aceptar la tesis de que el recurso de protección es admisible en contra de la Resolución de fecha 6 de enero de 2001, del Contralor General de la República, que propuso aplicar una medida disciplinaria en contra de la recurrente, recaída en un sumario administrativo, sería impugnar las funciones que el Órgano Fiscalizador ejerce de conformidad a lo establecido en los artículo 87 y siguientes de nuestra Carta Fundamental, por lo que su actuar no puede ser calificado de ilegítimo ni arbitrario, en los términos que prevé el artículo 20 de la Constitución Política. Son precisamente, las normas que regulan el proceso sumarial incoado por la Contraloría General, las que configuran el debido proceso que asegura el ejercicio de todos los derechos de defensa que puede impetrar el funcionario inculcado de una infracción administrativa, como es el caso de autos” (considerando 4°). RUIZ-TAGLE (n. 144), p. 75, comenta que resulta sorprendente que en este y otros casos similares en contra del Director Nacional del INDAP, “se apeló al derecho a la honra como posible garantía afectada ante una decisión arbitraria sobre el cargo, aún cuando las partes no invocaron este derecho fundamental”. También puede verse *Berrios Zapata con Seremi de Obras Públicas de Región del Maule*, en GJ N° 266, agosto, 2002, pp. 73-80.

Analizando la jurisprudencia y doctrina sobre la materia producida bajo la vigencia de la actual Constitución, Ferrada ha concluido negativamente al respecto. En lo relativo al catálogo de derechos, *“la doctrina y especialmente la jurisprudencia han creado requisitos y límites para el ejercicio regular de las potestades administrativas, declarando como actos vulneradores de ciertos derechos constitucionales de personas naturales o jurídicas requirentes, actos meramente ilegales de un órgano de la Administración del Estado, que analizados con cierta seriedad, difícilmente se enmarcan en una privación, perturbación o amenaza de alguno de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta de 1980”*¹⁴⁶; con ello, *“sin fundamento jurídico expreso, el Recurso de Protección pasa, en el hecho, a convertirse en una especie de ‘recurso por exceso de poder’, de amplia operatividad en el derecho administrativo, confirmando en la práctica la tesis subsidiaria expuesta por un sector de la doctrina originalmente”*¹⁴⁷. Respecto a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, Ferrada se refiere en especial a la extensión no sólo del debido proceso legal a los casos en que la Administración resuelve asuntos sometidos a su decisión, sino que también respecto a la prohibición general de juzgamiento por comisiones especiales.

¹⁴⁶ FERRADA, J. C. 2003b. La progresiva constitucionalización del poder público administrativo chileno: un análisis jurisprudencial. En: La constitucionalización del derecho chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 74.

¹⁴⁷ FERRADA, J. C. 2005b. El recurso de protección como mecanismo de control contencioso administrativo. En: La Justicia Administrativa. Santiago, Lexis Nexis, p. 145.

La extensión se produce por la interpretación exegética del numeral tercero cuando utiliza la expresión “*órgano que ejerza jurisdicción*” en su inciso 5°. Un ejemplo donde esta exigencia se ha reflejado puede encontrarse en la necesidad de ajustar los procedimientos administrativos sancionatorios en materia disciplinaria; sobre esto señala que, aún cuando el fin resulta loable por cuanto buscaría garantizar de mejor manera los derechos fundamentales,

supone un error conceptual evidente, en la medida que confunde las actividades desarrolladas por los distintos órganos del Estado, con el resultado concreto de la actividad (resolución de conflictos). Así, lo jurisdiccional se amplía hacia ámbitos extensísimos, excediendo los parámetros ordinarios que se reconocen con esta función en la doctrina [...] y que por lo demás se deducen de la propia Constitución Política de la República. Aún más, si se lee con detención el art. 8° del Pacto de San José de Costa Rica, vemos que la exigencia del debido proceso legal se plantea respecto de un procedimiento judicial –‘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...’-, lo que confirma la interpretación restrictiva que se ha planteado¹⁴⁸.

Cabe señalar que dicho ‘error conceptual evidente’ tendría asidero en la propia LOCBGAE, ya que su artículo 18 consagra en su inciso 2° que en el ejercicio de la potestad disciplinaria se debe asegurar el derecho a un racional y justo procedimiento, aspecto no señalado por Ferrada. Ahora bien, esta

¹⁴⁸ FERRADA (n. 146), p. 78-79.

extensión a los procedimientos disciplinarios administrativos se contrapondría al artículo 20 de la Constitución, que no contempla el inciso referente al racional y justo procedimiento como derecho amparado bajo el recurso de protección. ¿Cómo la jurisprudencia ha solucionado dicho asunto? Según Ferrada, realizando una especie de “artilugio” consistente en comprender que cualquier resolución administrativa que imponga una obligación a un ciudadano, en aplicación de una norma legal que habilita al órgano para ejercer esa potestad, constituye un verdadero juzgamiento por comisiones especiales, infringiendo la prohibición constitucional relativa a ellas, la cual sí se encuentra amparada por el señalado recurso¹⁴⁹.

IV.2.2. Los miembros de las Fuerzas Armadas y de Orden

En Chile las FF.AA. han tenido el carácter de especializadas, profesionales, centralizadas, alejadas del poder civil, y permanentes¹⁵⁰. Este

¹⁴⁹ FERRADA, J. C. 2005a. El control constitucional de los poderes públicos en el ordenamiento jurídico chileno y el rol de los derechos fundamentales como parámetro de control. *Derecho y Humanidades* (11):55-56.

¹⁵⁰ La estructura implantada en la Constitución de 1980 les otorgó el monopolio de las armas, reguló el sistema de ascensos y retiros sustrayéndolo del poder político (esto fue reformado por la ley 20.050), e instauró un órgano especializado de naturaleza corporativa encargado de la seguridad nacional denominado Consejo de Seguridad Nacional. Con la reforma de 1989, se agregó como miembro de dicho órgano al Contralor, se modificó la facultad de representar a los demás poderes del Estado sus inquietudes, por la de hacer presente. Este órgano intervenía, según el art. 98, en los regímenes de excepción, en la

rasgo es importante para poder comprender la posición de las FF.AA. y de Orden en nuestra Constitución, las que no sólo aparecen mencionadas directa o indirectamente en diversos artículos, sino que además están contempladas en un capítulo aparte (Capítulo XI Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública) y, previo a las reformas de 1989 y principalmente de 2005, jugaban un rol relevante concerniente al Consejo de Seguridad Nacional (Capítulo XII COSENA). Además, aparecen mencionadas a lo largo del texto constitucional¹⁵¹. Esto al parecer es una característica propia del

elección de senadores designados, y en la designación de miembros del Tribunal Constitucional. Respecto al carácter de permanentes, este rasgo histórico no se encuentra con tanta claridad en otras tradiciones como en Estados Unidos, donde existieron milicias estatales y federales. Esto proviene de la Carta Magna, donde se estableció el derecho de los ciudadanos a portar armas, al igual que en la segunda enmienda de la Constitución de Estados Unidos. Sobre la desconfianza sobre la posibilidad de tener un ejército permanente, DICEY (n. 83), pp. 291 y siguientes.

¹⁵¹ Lo que sigue es el articulado que hace referencia a ello: el artículo 1 inc. final al señalar el deber del Estado de resguardar la seguridad nacional; 18 inc. final al señalar que corresponde resguardar el orden público en los procesos electorales y plebiscitarios a las FF.AA. y a Carabineros en la forma que indique la ley; el 19 en los numerales 3º, 16º inciso final, 20 inc. final, 24 inc. 2; el art. 22 que establece el servicio militar obligatorio en los términos y formas que la ley indique; el art. 32 en sus numerales 17º, 18º, 19º, 21º y 22º; artículo 52 número 2º letra d) y 53 número 1º, en cuanto los generales o almirantes de las instituciones pertenecientes a las Fuerzas de la Defensa Nacional, pueden ser acusados constitucionalmente por haber comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación; 57 número 10º como inhabilidad para ser candidatos a diputados y senadores respecto a los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea, el General Director de Carabineros, el Director General de la Policía de Investigaciones y los oficiales pertenecientes a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad

constitucionalismo latinoamericano¹⁵². Con anterioridad a la ley 20.050 se concebía esta estructura como un enclave autoritario que buscaba instaurar a las Fuerzas Armadas como un nuevo poder del Estado, un poder de Seguridad, el cual debía ser garante de la institucionalidad¹⁵³. La reforma constitucional de 2005 vendría a disminuir estos problemas que propiciaban un débil sometimiento al poder civil por parte de las FF.AA. En particular se eliminó el

Pública; 63 N° 13° en cuanto es materia de ley las que fijan las fuerzas de aire, mar y tierra que han de mantenerse en pie en tiempo de paz o de guerra, y las normas para permitir la entrada de tropas extranjeras en el territorio de la República, como, asimismo, la salida de tropas nacionales fuera de él; artículo 76 que reconoce el poder de imperio de los tribunales que integran el poder judicial, en cuanto dar órdenes a las fuerza pública, la cual debe cumplirlas sin más trámite sin poder calificar su fundamento, oportunidad, justicia o legalidad; artículo 82 en cuanto la Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica sobre los tribunales militares; artículo 83 que excluye al Ministerio Público del ejercicio de la acción penal pública, y la dirección de las investigaciones de los hechos que configuren el delito, la participación punible y que acrediten la inocencia del imputado en las causas que sean de conocimiento de los tribunales militares, como asimismo la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos de tales hechos, señalando la Constitución que ello corresponderá a los órganos y personas que el Código de Justicia Militar y a las leyes respectivas determinen.

¹⁵² Por su propia historia, la regla en América Latina habría sido la existencia de militares-políticos en vez de ser la excepción. VERDUGO, M. 2005. Notas a la reforma constitucional en lo que atañe a las Fuerzas Armadas y Consejo de Seguridad Nacional. En: ZÚÑIGA (n. 128), p. 700. En el derecho continental europeo, las FF.AA. se ubican como parte de la administración pública. Es el caso de la Constitución española que en su artículo 149 número 4 dice: “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 4.ª Defensa y Fuerzas Armadas”. [en línea] <http://www.congreso.es/funciones/constitucion/titulo_8_cap_3.htm> [consulta: 21 de agosto 2006]. También es el caso de las Constituciones de Alemania y Austria. En nuestro país, así lo ha planteado el profesor Ruiz-Tagle al señalar que la consagración de un capítulo entero resulta una curiosidad entre los textos constitucionales, y que bastaría incorporar un nuevo inciso al artículo 38 dejando lo demás en el ámbito de su ley orgánica. En SIMPOSIO (n. 127): 104.

¹⁵³ Puede consultarse VERDUGO (n. 152), p. 730.

carácter de garantes de la institucionalidad, otorgándose a todos los órganos del Estado (art. 6), así como el carácter consultivo o de asesor que tendría el COSENA respecto al Presidente de la República, quien recuperaría la facultad de llamar a retiro a los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea y al General Director de Carabineros antes de completar su respectivo período mediante decreto fundado e informando previamente a la Cámara de Diputados¹⁵⁴.

Según el texto constitucional las Fuerzas Armadas (Ejército, Armada y la Fuerza Aérea.) y Carabineros se caracterizan por ser esencialmente obedientes, y no deliberantes. Y las características de ser profesionales, jerarquizadas y disciplinadas, la Constitución las extiende a Investigaciones como Fuerzas de Orden y Seguridad Pública (art. 101)¹⁵⁵. El carácter de profesionales va unido a un principio de burocratización, por cuanto el

¹⁵⁴ Respecto al rol actual del COSENA, puede consultarse BERTELSEN, R. 2005. Consejo de Seguridad Nacional. En: ZÚÑIGA (n. 128), pp. 729-740. Este órgano refleja la utilización de ideas corporativistas en la elaboración de la Constitución de 1980, no “*como sustituto de la democracia, sino meramente como su freno. Es siempre el peligro de una democracia desbocada lo que lo conduce a extremar las salvaguardias y garantías de seguridad*”. CRISTI, R. 2000. El pensamiento político de Jaime Guzmán. Autoridad y libertad. Santiago, LOM, pp. 151. Respecto a la última reforma que declaró como garantes de la institucionalidad a todos los órganos del Estado, ella ha sido criticada por ser una reforma simbólica que restaría fuerza normativa al artículo 6 inciso 1°. Aunque resulta preferible que la Constitución no pierda su valor como ley fundamental, en lo personal prefiero que así resulte por cuanto en términos prácticos la última reforma equivaldría a la eliminación de la tutela militar sobre la democracia. Sobre esta crítica, ALDUNATE (n. 132), p. 75.

¹⁵⁵ Esta disposición encuentra su origen en la reforma constitucional de 1971 conocida como Estatuto de Garantías. La Constitución de 1925 hacía referencia a ciertos aspectos que incidían en la organización, funcionamiento y mando de las FF.AA. en preceptos dispersos. Además de contemplar dichas características, esta reforma contemplaba la sanción de nulidad de derecho público de toda resolución que acordare el Presidente de la República, la Cámara de Diputados, el Senado o los Tribunales en virtud de la presencia o del requerimiento de un ejército o de un jefe al frente de una fuerza armada. VERDUGO (n. 152), p. 701.

ingreso a ella se realiza a través de escuelas matrices según el artículo 102¹⁵⁶. Esta no es la única vía de ingreso, por cuanto dentro de los deberes constitucionales se consagra el servicio militar obligatorio, pero dicha norma es de carácter programático por cuanto establece que será la ley la que lo imponga al igual que otras cargas personales (art. 22 inc. 3).

Volviendo al objeto de esta tesis, aparte de las disposiciones recién señaladas, las cuales analizaré más adelante en esta sección, la Constitución contempla una estructura de justicia diferenciada para los miembros de las FF.AA. y de Orden y Seguridad Pública en el artículo 19 N° 3 inciso 2°:

Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. *Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos*¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Esta garantía constitucional busca evitar el caudillismo, asegurando la dedicación seria a las labores castrenses. Respecto al control o monopolio de las armas, ello no es similar en otras tradiciones como en EE.UU., que en su segunda enmienda garantiza el derecho a portar armas por parte de cualquier persona. Un interesante análisis histórico al respecto, donde se vincula esta enmienda a la preservación del federalismo y a evitar tanto el populismo como la posible existencia de un ejército federal abusivo, puede encontrarse en AMAR (n. 43), pp. 46-63. En el caso chileno, además de requerir la Constitución que la habilitación para poseer o tener armas sea por medio de una ley de quórum calificado (art. 103), respecto a los chilenos en estado de cargar armas, ellos deben estar inscritos en los Registros Militares, salvo si son legalmente exceptuados (art. 22 inc. final).

¹⁵⁷ Énfasis agregado.

Para un sector de la doctrina existiría una excepción excesiva de desigualdad respecto del derecho de defensa jurídica¹⁵⁸. Para otros, en cambio, aunque admiten que existiría una aparente desigualdad de trato, ella se justificaría por la naturaleza peculiar que tienen las Fuerzas Armadas y de Orden, la que se reflejaría en su propia estructura constitucional¹⁵⁹. La Constitución estaría excluyendo de la titularidad universal del derecho constitucional de defensa jurídica *“a este grupo que, por mandato constitucional, es titular de un derecho de defensa de contenido estatutario en lo administrativo y disciplinario”*¹⁶⁰. La voz estatutos podría, en este ámbito específico, incluir normas reglamentarias¹⁶¹. Sobre la base de esta

¹⁵⁸ RUIZ-TAGLE, P. 2006b. Los Derechos Fundamentales ante la Reforma del Año 2005. Revista de Derecho Público 68: 42. Según dicho autor en la práctica se había traducido en sistemas de defensa judicial coordinada de los militares que se prestaba para abusos, y la imposición de descuentos por planilla para la defensa judicial entre los uniformados.

¹⁵⁹ SILVA, A. 2003. Tratado de Derecho Constitucional. Segunda edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomo IX, p. 150.

¹⁶⁰ *“Para todos los titulares del derecho de defensa, éste rige en los términos regulados por las leyes, sin perjuicio de que ellas puedan ser controladas a la luz de la extensión constitucional que se le dé al derecho de defensa. A partir de esta idea, la segunda oración del inciso segundo, ‘Tratándose...’ no puede entenderse como una mera reiteración de la regla general. Su sentido, entonces, sólo puede consistir en reducir el enunciado general sobre el derecho constitucional de defensa, a un ámbito mas (sic) acotado, un derecho estatutario [de] defensa, en el ámbito disciplinario y administrativo, para los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública”*. ALDUNATE (n. 63):190.

¹⁶¹ Art. 431 del Código de Justicia Militar: *“El Presidente de la República dictará en cada Institución los reglamentos correspondientes sobre los deberes militares, las faltas de disciplina, las reglas del servicio y demás necesarios para el régimen militar. En ellos se señalarán las autoridades a quienes corresponde el derecho de sancionar las faltas de disciplina, atendidas a las categorías del hechor y a la mayor o menor gravedad de las infracciones. Las penas disciplinarias que podrán imponer serán: Amonestación, reprensión y arresto militar hasta por dos meses respecto de todo militar; suspensión del empleo, retiro, disponibilidad, calificación y separación del servicio, tratándose de*

disposición es que el Tribunal Constitucional ha recogido la categoría de las RSE, señalando la ministra Peña en voto concurrente (3º) que se “*confirma que el personal militar se encuentra sometido a una relación de ‘sujeción especial’, [...] no aplicable o predicable exactamente de otros personales que integran la Administración del Estado. Esta relación de sujeción especial se ve, por lo demás, confirmada por la norma contenida en el artículo 19 N° 3 inciso 2º, de la Constitución Política[.]*”¹⁶². Este derecho de defensa estatutario se ha visto reforzado con la última reforma constitucional que amplió la competencia de la Corte Suprema, y por ende la factibilidad de controlar el ejercicio jurisdiccional de los tribunales militares, ya que sometió a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema a los tribunales militares sin distinguir si el ejercicio de su jurisdicción es realizado en tiempos de paz o de guerra, como resultaba con anterioridad¹⁶³. En el ámbito de la potestad legislativa, sólo la LOC de Carabineros señala

oficiales; y rebaja en el grado, deposición del empleo y licenciamiento del servicio, tratándose de individuos de tropa o de tripulación. Podrán también imponerse a los suboficiales, cabos y soldados otros castigos disciplinarios menores, como servicios extraordinarios o especiales, presentaciones y otros, en los cuales no se rebaje la dignidad de los suboficiales ni se comprometa la salud de los infractores”.

¹⁶² Ver fallo citado en nota 1.

¹⁶³ Al respecto, VERDUGO (n. 152), p. 709, señala que ello “*tiene singular importancia si se recuerda el comportamiento que estos órganos tuvieron en un pretérito cercano. Como lo expresara el ex Presidente de la Corte Suprema don José María Eyzaguirre: ‘No pretendo, en modo alguno, ofender a los tribunales militares, pero a mi juicio, algunas de las sentencias de los tribunales en tiempo de guerra que la Corte Suprema debió conocer, fueron pavorosas, carecían de considerandos, no apreciaban pruebas, se condenó a personas por un solo hecho a dos penas distintas, que en ciertos casos llegaron a treinta años cada una’*”.

que la potestad disciplinaria debe ser ejercida a través de un racional y justo procedimiento administrativo¹⁶⁴. Este es el único precepto que excluye de un derecho fundamental a los miembros integrantes de dichos cuerpos, pero existen otros preceptos constitucionales que permitirían restringir otros derechos fundamentales. En particular podríamos encontrarlos en los caracteres de obedientes, no deliberantes y disciplinadas.

Respecto a la obediencia, ella ha sido entendida como el sometimiento al orden institucional de la República. Ello actualmente podría no producir problemas con la reforma de 2005. Pero originalmente la obediencia consagrada en estos términos tenía como fin alterar la naturaleza de los cuerpos armados, dejando de ser sujetos del poder civil para pasar a ser independientes del mismo, asimilando a las Fuerzas Armadas “*al factor cohesionador de la unidad nacional que ejerce la corona en los regímenes monárquicos*”¹⁶⁵. Ello sólo terminaría con la eliminación del carácter de garantes de la institucionalidad que se les atribuía así como de la inamovilidad de los Comandantes en Jefe, y su intervención en materia de estados de excepción a través del COSENA. Más allá del análisis ya realizado sobre la

¹⁶⁴ Artículo 36° LOC 18.961 de Carabineros de Chile.

¹⁶⁵ “*El rediseño de los cuerpos armados va más allá de una simple e inocua adición de funciones. Involucra la emergencia de unas Fuerzas Armadas distintas de las tradicionales, independientes y autónomas y bajo un régimen de obediencia a sus mandos superiores y a la institucionalidad. Esta es una condición necesaria para ejercer la función política de garantes de la institucionalidad, que es el fin último que los autores de la Constitución se propusieron asignarles*”. GODOY (n. 14): 290.

obediencia en materia de RSE¹⁶⁶, tan solo cabe agregar respecto a este modo obediencial específico de las Fuerzas Armadas y de Orden que la doctrina distingue un aspecto externo y uno interno. El aspecto externo implica el deber de obediencia al ordenamiento jurídico y a las autoridades del Estado. El aspecto interno es consecuencia del carácter jerarquizado y disciplinado de dichos cuerpos armados.

En lo relativo al carácter de no deliberantes según Verdugo y Pfeffer siempre se ha entendido en el sentido de excluir deliberaciones de tipo partidista. En nuestro constitucionalismo así lo señalaba Manuel Carrasco Albano en 1858:

Estos cuatro artículos se proponen el mismo objeto –la garantía del orden constitucional, la libre deliberación i acción de las autoridades que aquel establece i la anulación de todo acto que salga de aquella esfera, o se esceda de las atribuciones que las leyes conceden a los funcionarios. Así son una consecuencia necesaria, una condición indispensable de ese orden que la constitución asegura i de su existencia misma! Si la fuerza pública pudiera deliberar i obrar de propia autoridad, si se convirtiesen en guardias pretorianas que pretendiesen imponer su voluntad a los primeros mandatarios de la Nación, la Constitución sería un fantasma, el orden político una farsa i las garantías individuales que aquella nos asegura, una mera sombra¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Ver arriba páginas 65-71.

¹⁶⁷ CARRASCO, M. 1874. Comentarios sobre la Constitución Política de 1833. Segunda edición. Santiago, Imprenta de la librería del Mercurio, p. 194. Los artículos a los que se refiere son 157, 158, 159, 160, los cuales forman parte del Capítulo XI “Disposiciones Jenerales”.

Estamos en presencia de una verdadera prohibición constitucional de debatir problemas colectivos con el fin de uniformar criterios o coordinar actitudes que conduzcan a manifestar aprobación o rechazo a los órganos o autoridades legalmente constituidos, o hacer prevalecer soluciones propias¹⁶⁸. La doctrina se manifiesta conforme a que ello no significa una total prohibición sobre su libertad de conciencia y de expresión, ni que puedan ser privados de su derecho a sufragio. Por lo tanto, el alcance de la prohibición de deliberar implica una restricción sobre los derechos fundamentales mencionados así como potencialmente sobre otros, como el derecho a reunión que persiga el fin de coordinar actitudes o uniformar criterios que involucren un aplauso o una crítica a los órganos propiamente políticos, en cuanto se ejerzan en la esfera propia de sus funciones.

La concretización de este tipo de restricciones o incluso privaciones, en cambio, no resulta sencilla. Es el caso de la Ley 18.603 Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos, que en su artículo 18° prohíbe la afiliación a un partido político al personal de las FF.AA. y de las de Orden y Seguridad Pública. Respecto a los ciudadanos que estén cumpliendo el

¹⁶⁸ VERDUGO, NOGUEIRA Y PFEFFER (n. 86), Tomo II, p. 340.

servicio militar obligatorio, y para aquellos que se encontraban afiliados con anterioridad se suspende su afiliación por el período de conscripción y los derechos y obligaciones que surgen de dicha afiliación. Si se tiene presente el análisis precedente sobre el derecho de defensa de los miembros de la FF.AA. y de Orden, aquí la exclusión de un derecho fundamental, el de asociación, lo realiza la ley y no la Constitución. No hay que olvidar que el precepto del numeral 15 del artículo 19 está contemplado en forma universal respecto de quienes pueden ser titulares del mismo. La exclusión de ser titulares del mentado derecho podría encontrar asidero en la interpretación que otorga al carácter de no deliberantes el alcance de una prohibición de mezclarse en lo contingente y de una exigencia de cumplimiento del deber de mantener su independencia frente al poder político, siendo consideradas actividades políticas que resultan incompatibles con la calidad de militar, entre otras, la de pertenecer y participar en partidos políticos¹⁶⁹. Dicha interpretación es cuestionada por Aldunate por tener un carácter extensivo en demasía, quien a su vez circunscribe la prohibición referida a las FF.AA. y de Carabineros de no deliberar a su calidad de cuerpos armados, y no en cuanto a sus miembros individualmente considerados en calidad de ciudadanos¹⁷⁰. Por otra parte, el

¹⁶⁹ SILVA (n. 159), p. 283. VERDUGO, NOGUEIRA Y PFEFFER (n. 86), Tomo II, p. 341.

¹⁷⁰ ALDUNATE (n. 63): 191. La norma del artículo 18° se extiende a los funcionarios y empleados del Poder Judicial, del Tribunal Calificador de Elecciones y del Servicio Electoral, prohibición que según dicho autor no puede ser fundada en el texto de la Constitución.

tratamiento que el legislador ha dado a esta problemática de las Fuerzas Armadas y de Carabineros en sus respectivas LOC es disímil. En el caso de las primeras se le prohíbe al personal que las integra el pertenecer a partidos políticos, organismos sindicales, instituciones, organizaciones o agrupaciones, cuyos principios u objetivos se contrapongan o sean incompatibles con sus caracteres (esencialmente obedientes, no deliberantes, profesionales, jerarquizadas y disciplinadas) o con sus funciones constitucional y legalmente encomendadas¹⁷¹. En cambio en el caso de Carabineros, respecto a los partidos políticos y las organizaciones sindicales, la privación es total dado que no se exige que sus *principios u objetivos se contrapongan o sean incompatibles con sus caracteres o con sus funciones*¹⁷². Y existen además las restricciones del Estatuto del personal de las Fuerzas Armadas, que entre ellas señala que el personal de las mismas no podrá aceptar cargos de representación en organismos de índole vecinal, gremial o comunitario ajenos a su institución, *sin el permiso previo de la autoridad que corresponda*, el que será otorgado conforme a los procedimientos institucionales que se establezcan¹⁷³. Contrastando las distintas normativas, cabe concluir que la regulación de la LOC de las Fuerzas Armadas y del Estatuto de su personal resultan más acordes con la libertad de los sujetos, aunque en el último caso exista absoluta

¹⁷¹ Art. 2° inciso 2° de la LOC N° 18.498 de las Fuerzas Armadas (D.O. 27/02/1990).

¹⁷² Art. 2° inciso 2° de la LOC N° 18.961 de Carabineros de Chile (D.O. 7/03/1990).

¹⁷³ Artículo 143 del DFL N° 1 del Ministerio de Defensa Nacional (D.O. 27.10.1997).

discrecionalidad para prohibir el ejercicio del derecho de asociación. Pero de todas formas resultan inconstitucionales a la sola lectura del artículo 19 numeral 15 inciso primero que consagra el derecho de asociarse sin permiso previo. Pero dicha marginación se encuentra contemplada en tratados internacionales ratificados por Chile, como por ejemplo el artículo 22.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁷⁴ y el artículo 16.3 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos¹⁷⁵. Ahora bien, la discusión sobre la jerarquía normativa de los tratados internacionales no resulta pacífica en nuestro ordenamiento, por lo que resultaría controvertido salvar la inconstitucionalidad de las leyes analizadas por esta vía, por cuanto implicaría otorgar a los tratados el carácter de normas constitucionales¹⁷⁶.

Me parece que la crítica de Aldunate resulta razonable, e implica resolver el problema de la prohibición de asociarse a partidos políticos para los sujetos inmersos en esta RSE por otra vía. La CPR en su artículo 101

¹⁷⁴ “El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía”.

¹⁷⁵ “Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía”.

¹⁷⁶ “Llama la atención la circunstancia de que dicha marginación carezca de fundamentos jurídicos formales a nivel constitucional. Ni siquiera la hay para los miembros de las Fuerzas Armadas y Carabineros que, según se sabe, sólo ‘como cuerpos armados’ no pueden deliberar. Aunque estamos de acuerdo con dicha exclusión. No estaría demás que la misma Constitución la validara”. Manuel Núñez en GARCÍA-HUIDOBRO, J., MARTÍNEZ, J. y NÚÑEZ, M. 1997. Lecciones de derechos humanos. Valparaíso, Edeval, p. 232.

inciso tercero cuando señala las características de las FF.AA. y Carabineros resalta el que ellas se manifiestan *como cuerpos armados*; esto es “un grupo humano preparado en un aspecto específico de la ciencia militar, estructurado en unidades o cuadros que tienen *poder de fuego* y capacidad de acción y de reacción armada”¹⁷⁷. Por lo tanto, la propia Constitución está limitando el ámbito de restringibilidad de los derechos fundamentales a la situación de que ellos se encuentren armados. Lo que históricamente se busca con la prohibición de deliberar en asuntos políticos es diferenciar lo que es la actividad política, regida por el diálogo y la razón, de la lucha armada, subordinada esta última a la primera. Los constituyentes revolucionarios franceses así lo manifestaron como puede desprenderse de las siguientes disposiciones: “El derecho a reunirse pacíficamente”¹⁷⁸, “La prohibición a los ciudadanos de concurrir a la asamblea y emitir su voto si va armado”¹⁷⁹, “La prohibición de la fuerza armada para ingresar a una asamblea, sin la voluntad expresa de ésta”¹⁸⁰, “La fuerza pública es esencialmente obediente; ningún

¹⁷⁷ PAÚL, A. 1999. Política y Fuerzas Armadas. Características y misiones constitucionales de las FF.AA. La Serena, Imprenta Joo, p. 213.

¹⁷⁸ La versión en francés resulta más precisa en hacer alusión respecto a formar asambleas o cuerpos deliberativos: “*La liberté aux citoyens de s’assembler paisiblement et sans armes*”. Constitución de 1791, Título primero, disposiciones fundamentales garantizadas por la Constitución.

¹⁷⁹ “*Nul citoyen actif ne peut entrer ni donner son suffrage dans une assemblée, s’il est armé*”. Constitución de 1791, Título III, Capítulo I, sección 4, art. 2.

¹⁸⁰ Constitución de 1791, Título III, Capítulo I, sección 4, art. 3. En similares términos se encuentra en las constituciones de 1793 (o del año I, Art. 15) y de 1795 (o del año III, Título III, art. 24): “*Nadie puede comparecer en las asambleas primarias armado*”.

cuerpo armado puede deliberar”¹⁸¹, “Una reunión [o “tropel”, o reunión de tropa] armado es un atentado a la constitución, y debe ser disipado en el lugar por la fuerza”¹⁸². Nuestra propia Constitución vigente rememora estas disposiciones cuando consagra el derecho a reunión: “La Constitución asegura a todas las personas: El derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas”¹⁸³. En nuestro país, Carlos Peña ha entendido dicha prohibición en su sentido histórico: “*En democracia, quienes están armados no discuten de política y quienes discuten de política están desarmados. Por eso los militares, a quienes hemos confiado el monopolio de la fuerza, tienen el deber –sí, el deber– de mantenerse al margen de esos debates y ninguno –menos el Comandante en Jefe– debe incumplir sus deberes*”¹⁸⁴. Un punto que refuerza construir esta privación del derecho de asociación basándose en el carácter de cuerpos armados en vez de utilizar la prohibición de deliberar, atendiendo el lenguaje y sentido que utiliza nuestra Constitución actualmente, es aquel relativo a que por mucho que el alcance de la no deliberación sea discutido doctrinariamente en cuanto si es a nivel de cuerpo o si también alcanza a sus miembros individualmente considerados, nunca podría alcanzar a los

¹⁸¹ Constitución de 1791, Título IV, art. 12. “*Ningún cuerpo armado puede deliberar*”. Constituciones de 1793 (art. 114) y de 1795 (Título IX, art. 275).

¹⁸² “*Tout attroupement armé est un attentat à la Constitution; il doit éter dissipé sur-le-champ par la force*”. Constitución de 1795, Título XIV, art. 365.

¹⁸³ Artículo 19 número 13 inciso primero.

¹⁸⁴ PEÑA, C. 2004. Un asceta inconsistente. <http://weblogs.udp.cl/base.php?pagina=show&show=articulo&idArticulo=59&usuario=cpena&idSeccion=159> [visitado 29-12-2006]

integrantes de la Policía de Investigaciones dado que la propia Constitución excluye a dicha institución de revestir la mencionada característica. Y dicha exclusión la hace precisamente porque la Constitución excluye a su vez a la Policía de Investigaciones del carácter de ser un cuerpo armado (aunque su LOC faculte a sus efectivos para usar armas). Esta relación entre cuerpos armados y el deber de no deliberar es entonces lo que justifica la gravedad de su infracción, como fuera señalado por la Comisión Informante de la Cámara de Diputados en la acusación constitucional contra el ex Comandante en Jefe del Ejército, General (r) Augusto Pinochet Ugarte: *“La infracción del deber de no deliberación es un ilícito constitucional que altera el estado de derecho, toda vez que la autoridad castrense deja de actuar dentro de su competencia y en forma prescrita por la ley (artículo 7º, inciso primero de la Constitución), lo que, a su vez, origina un signo de inestabilidad institucional y, por ende, de inseguridad ciudadana. Por lo mismo, la infracción de dicho deber constitucional compromete la seguridad de la Nación, lo que, a nuestro juicio, en el caso del acusado, se ha efectuado de una manera que calificamos como grave y, por lo tanto, susceptible de sanción”*¹⁸⁵. Pero esta alternativa no resulta del todo convincente, por cuanto la Constitución separa efectivamente

¹⁸⁵ La acusación fue durante el año 1998. En LOVEMAN, B. y LIRA, E. 2000. Las acusaciones constitucionales en Chile. Una perspectiva histórica. Santiago, LOM, p. 201. El delito de sedición se podría decir se encuentra fundado sobre la base de esta prohibición, aunque es un caso extremo de deliberación, sin olvidar que su posible concreción implique desobedecer. Ver artículos 272 y siguientes del CJM.

los ámbitos de sujeción al acotar la prohibición de deliberar en cuanto a encontrarse como cuerpos, sin obtener una respuesta clara y enfática para limitar un derecho a un soldado que se encuentre sin uniforme y desarmado¹⁸⁶.

Por último, cabe señalar el carácter de disciplinadas, el cual implica la sujeción a un régimen de derechos y obligaciones que buscan mantener el orden interno en cada institución, cuyas normas son sancionadas por los superiores jerárquicos mediante diversos apremios. La forma de dar cumplimiento a ello, ha sido la dictación de diversos reglamentos internos¹⁸⁷.

Ellos serían el Reglamento de disciplina para las Fuerzas Armadas (DS 1.445

¹⁸⁶ Para finalizar el análisis sobre el carácter de no deliberantes, y volviendo a la prohibición de militar en partidos u otras asociaciones ya señaladas, quisiera mencionar algunas soluciones que en el derecho comparado se han desarrollado. En algunos países europeos se plantearon reformas a la institucionalidad de las FF.AA. que buscaban acercar el mundo militar al mundo civil. Estas reformas fueron conocidas como *democratización castrense o del ciudadano en uniforme*. Ellas fueron desarrolladas principalmente en Alemania, Suecia y España. Uno de los aspectos cruciales era determinar la posibilidad de que los miembros de las FF.AA. pudieran militar en un partido o agrupación política, o en actividades relacionadas con la política, lo que sería permitido siempre que lo hicieran fuera de sus funciones, desarmados, sin uniforme y con el consentimiento de sus superiores jerárquicos. Ante un eventual conflicto de un soldado que se encontrara en esa situación que pudiera afectar el desempeño de su labor en la defensa o en el resguardo del orden público, en cuanto las directrices del partido o institución implicaran una contradicción con sus funciones y órdenes como soldado, la solución que se proponía consistía en aplicar el régimen disciplinario acorde al carácter de obedientes de los cuerpos armados, y no por la vía de la privación del derecho de asociación, fundado en el deber de no deliberación, prohibiéndoles participar en dichas instituciones. Y al igual que en el caso de los funcionarios, a mayor grado jerárquico, menores posibilidades de deliberar por parte de los sujetos, dado que la jerarquía permite emitir órdenes exigibles coercitivamente, implicando el riesgo de uniformar opiniones hacia los grados inferiores. Sobre estos PAÚL, A. (n. 177), p. 376, con abundante bibliografía, quien se muestra contrario a estas posibilidades así como a los entonces proyectos de reforma constitucional, hoy aprobados, aunque partidario del carácter de garantes de la institucionalidad que anteriormente ostentaban. Esta posibilidad de introducir reformas de este tipo con el retorno de la democracia fueron estudiadas y planteadas por la Concertación de Partidos de la Democracia, sumadas a las reformas hoy aprobadas con la ley 20.050. Aunque desde la óptica de los derechos fundamentales estas reformas podrían tener asidero e implicar una forma de cumplir con el deber de promover los derechos esenciales por parte del Estado, históricamente resultarían muy difícil de ser aceptadas por la -muchas veces- excesiva participación política de los militares en Chile.

¹⁸⁷ VERDUGO, NOGUEIRA Y PFEFFER (n. 86), Tomo II, p. 342.

de 14 de diciembre de 1951)¹⁸⁸, el Reglamento de disciplina de la Armada (DS 1.232 de 21 de octubre de 1986) y el Reglamento de disciplina de Carabineros de Chile (DS 900, publicado 17 de julio de 1967). Dichos reglamentos presentan un problema relativo a la exigencia de publicidad que permita conocer esta normativa dado que tan sólo el último fue publicado en el D.O. Según el Código Civil la ley solo obliga una vez promulgada y publicada en el D.O., presumiéndose desde ese momento por todos conocida y por lo tanto obligando a sus destinatarios. Ello se ve reforzado por la presunción de conocimiento que el propio Código establece (artículos 6 a 8). Esta objeción, desde la perspectiva constitucional, al parecer ha sido considerada irrelevante por nuestro Tribunal Constitucional, el cual sobre la base del carácter de disciplinadas considera que serían conocidas por sus destinatarios, en especial a través de su formación en las Escuelas Matrices correspondientes¹⁸⁹. Más bien, lo que correspondía señalar es el hecho de que dichos reglamentos son publicados en boletines internos de cada institución, con lo cual se lograba un mejor argumento para la afirmación del propio

¹⁸⁸ Se aplica también a la Fuerza Aérea.

¹⁸⁹ “Que, sin perjuicio las observaciones expuestas y siguiendo el grueso de lo razonado precedentemente, puede afirmarse que la conducta descrita por el número 3 del artículo 299 del Código de Justicia Militar constituye la descripción suficiente del ‘núcleo central’ de la conducta punible, pues dicha afirmación se sostiene en que *los ‘deberes militares’ no constituyen para los militares referencias indeterminadas o desconocidas, sino conceptos precisos con cuyo contenido los oficiales, cuyo es el caso del requirente, se familiarizan desde el inicio de su formación en las Escuelas Matrices de Oficiales de las Fuerzas Armadas, pues son parte de su malla curricular, y en torno a los que transcurre la totalidad de la vida castrense, además de vincularse directamente al carácter de ‘disciplinadas’ que el artículo 101, inciso tercero, de la Constitución Política le otorga a las Fuerzas Armadas*”. Considerando noveno, sentencia citada en n. 1. las cursivas son mías.

Tribunal de que “la *certeza* respecto de su conocimiento está *asegurada* para quienes afecta”, en vez de deducir dicha certeza por su carácter de disciplinadas¹⁹⁰.

Además de estos reglamentos disciplinarios, las Fuerzas Armadas y Carabineros se encuentran sometidas a un intenso régimen, graficado principalmente –aunque no exclusivamente– en el Código de Justicia Militar (CJM) y en el Estatuto del personal¹⁹¹. Este último consagra diversas restricciones a los derechos del personal, como por ejemplo, a la libertad de tránsito (art. 144) y la libertad de contratación (letras a) a e) del art. 152). Destacan en especial las limitaciones establecidas para poder contraer matrimonio. La nueva ley de matrimonio civil, utilizando la nomenclatura del artículo 5° de la Constitución, consagra el derecho esencial a contraer matrimonio. Este derecho tiene sólo jerarquía legal, por lo que no podría

¹⁹⁰ Considerandos 11° y 9° de la sentencia citada en n. 1. Las cursivas son mías

¹⁹¹ Así lo deja entrever el propio DFL N° 1 que contiene dicho estatuto, en su artículo 138: “*El personal estará sujeto a los deberes y restricciones inherentes a la profesión militar contenidos en la Ley N° 18.948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, en el presente Estatuto, en el Código de Justicia Militar, en el Reglamento de Disciplina respectivo y en la Ordenanza de la Armada, según corresponda. Igualmente, el personal estará sujeto a las obligaciones y prohibiciones establecidas para los empleados de la Administración Civil del Estado en la Ley N° 18.834, Estatuto Administrativo, en cuanto fuere procedente.*”

objetarse de inconstitucional, y no podría señalarse que obliga al legislador. Pero sí podría cuestionarse desde la óptica de otros derechos, en especial la privacidad. Además cabe agregar que el contraer matrimonio implica límites a las destinaciones de servicio, y más determinante aún, a las remuneraciones que por dichas destinaciones se tenga derecho, limitando la libertad de elección del trabajo¹⁹². Volviendo a la ley de matrimonio civil, ella consagra lo que se ha dado en denominar como amparo matrimonial, en su artículo 2º inciso 2º; dicha acción contempla una extensa legitimación activa bajo la forma de acción popular, otorga amplísimas facultades al juez, teniendo como objeto levantar los obstáculos al ejercicio de el derecho esencial a contraer matrimonio, cuando ellos impliquen su negación o restricción. Si se tiene presente que el Estatuto del Personal contempla el requisito del asenso

¹⁹² Artículo 146: “Los oficiales y el personal del cuadro permanente y de gente de mar ligados entre sí por matrimonio sólo podrán ser destinados a un mismo lugar cuando en éste desempeñen labores que no impliquen relación jerárquica directa entre ellos y cuando la destinación se encuentre justificada por las necesidades del servicio./Si ambos cónyuges fueren personal civil regido por este Estatuto, con residencia en la misma localidad, regirán a su respecto las normas aplicables al personal de la Administración Civil del Estado./En las destinaciones a que se refieren los incisos anteriores, sean dentro del territorio nacional o en el extranjero, sólo uno de los cónyuges tendrá derecho a percibir asignación por cambio de residencia, asignación familiar y derecho a pasajes y fletes.”

para contraer matrimonio, judicialmente se podría ver cuestionada la regulación disciplinaria a la que hago mención¹⁹³.

Por otra parte tenemos el CJM, que consagra en su libro tercero denominado “De la penalidad”, delitos propios para quienes se encuentran sometidos a esta RSE. La existencia de este cuerpo legal específico, que sería una manifestación del Derecho Penal Militar, vendría exigida por las propias funciones que la Constitución asigna a la institución militar, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español¹⁹⁴. Algunas de las figuras o tipo penales contemplados en el CJM han sido cuestionadas por la vía de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Este es el caso del delito consagrado en el artículo 299 numeral 3°.

¹⁹³ El artículo 258 señala lo siguiente: “*La autorización para que el personal contraiga matrimonio se otorgará en conformidad a las disposiciones que establezca cada Institución. Esta podrá ser limitada a ciertos grados del personal de oficiales y del cuadro permanente y de gente de mar y a un determinado número de años de servicio, conforme lo establezca la respectiva reglamentación, la que deberá entre otros requisitos, contemplar reconsideración de su denegación.*” Sobre este punto ver ALDUNATE, E. 2006. El derecho esencial a contraer matrimonio. En: VIDAL, A. (coord.) El nuevo derecho chileno del matrimonio. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 47-48.

¹⁹⁴ “[*Las funciones que la Constitución asigna a la institución militar*] sin duda exigen para su cumplimiento una específica forma de organización y un régimen jurídico singular del personal integrado en la Institución. Como consecuencia de ello, el legislador puede introducir determinadas peculiaridades en el Derecho Penal militar [...]”. STC 107/1986 FJ 4°, citada en LLORENTE, F. 1995. Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial). Barcelona, Ariel, p. 59.

Art. 299. Será castigado con presidio militar menor, en cualquiera de sus grados o con la pérdida del estado militar, el militar:

3° El que sin incurrir en desobediencia o en el delito previsto en el artículo 294, deje de cumplir sus deberes militares¹⁹⁵.

Se ha cuestionado a dicho artículo por consagrar una ley penal en blanco. Ello es un problema que se encuentra en los orígenes de las RSE, dado que en ellas se producía un área de no-derecho, pero cuando posteriormente comenzó su juridificación (y por ende su control judicial) persistió el dilema de si acaso en pos de la disciplina u otros fines podían crearse tipos penales en blanco que fueren concretizados posteriormente a través de actos administrativos y no legislativos. Existen al menos dos fallos jurisprudenciales que versan sobre la constitucionalidad de este artículo. Ellos son interesantes no solo por versar sobre el mismo asunto, sino que por el hecho de que fueron pronunciados uno por la Corte Suprema, previo a la reforma de 2005, y el otro por el Tribunal Constitucional, en ejercicio de sus nuevas potestades; y por cuanto el primero es citado en el segundo fallo¹⁹⁶.

¹⁹⁵ El artículo 294 se refiere a lo siguiente: *“El que en tiempo de guerra, con males supuestos o con cualquier pretexto, se excusare de cumplir sus deberes, o no se conformare con el puesto o servicio a que fuere destinado, incurrirá en la pena de reclusión militar menor en cualquiera de sus grados, o en la de pérdida del estado militar”*.

¹⁹⁶ Respecto al uso de precedentes, en el fallo del Tribunal Constitucional tanto la sentencia como el voto de minoría citan la jurisprudencia del propio Tribunal en materia de leyes penales en blanco, pero en ambos casos llegan a conclusiones distintas. Esta práctica ha sido criticada por Accatino quien señala que “en el ámbito de la justicia constitucional no se ha desarrollado una práctica de uso argumentativo de justificaciones anteriores y, por el contrario, han sido frecuentes los cambios de criterio interpretativo para los que no se ha ofrecido ninguna justificación. A pesar de las (tibias) manifestaciones del Tribunal Constitucional a favor de

En *Miranda Rojas, Juan* se discutió sobre si la norma recién transcrita sería o no una ley penal en blanco¹⁹⁷. La decisión a la que arribó la Corte no se pronunció sobre la particular calidad jurídica de los miembros de las FF.AA. y de Orden, la cual en este caso implicaba una calidad de autoría penal especial. En su considerando 6º admitió que el precepto cuestionado “*efectivamente no describe completa y expresamente la conducta que sanciona, pues no señala cuáles son los deberes militares cuyo incumplimiento conlleva una pena*”. Pero acto seguido señaló que dicho precepto “define la *esencia* de la conducta punible, que es infringir por un militar los deberes que le impone su rango o categoría”. Y ello relacionado con los artículos 431 y 433 del CJM, permitiría, según la Corte, sostener la constitucionalidad del precepto¹⁹⁸.

un compromiso con la carga de justificar sus cambios de criterios interpretativos, en una célebre sentencia de 1993, en la que se sostenía que ‘los cambios de doctrina jurídica *por lo general* deben producirse siempre que existan motivos o razones fundamentales que los justifiquen’, dicha corte siguió luego cambiando de criterio sin ocuparse *en particular* de dar cuenta de las razones justificatorias de la variación. Un primer paso hacia la constitucionalización de una cultura de respeto al auto-precedente supone abandonar la errada creencia que parece inspirar nuestras prácticas, poniendo de relieve como en realidad el sentido de la vinculación al precedente –sea a los propios precedentes o al precedente vertical- es precisamente el de limitar la discrecionalidad judicial y dar estabilidad a los criterios de decisión”. ACCATINO, D. 2006. La interpretación de los derechos fundamentales y la seguridad jurídica. Una mirada a la práctica constitucional chilena. BORDALÍ, A. (coord.) Justicia Constitucional y derechos fundamentales. Santiago, Lexis Nexis, p. 29.

¹⁹⁷ *Miranda Rojas, Juan*, en RDJ, Tomo XCIX (2002), n° 3, (julio-septiembre), sección 4. un resumen del fallo puede encontrarse en SAENGER, F. y BRUNA, G. 2006. Inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Jurisprudencia 1980-2005. Santiago, Editorial Jurídica, pp. 210-211.

¹⁹⁸ El destacado es mío. Art. 433: “Toda falta contra los deberes militares o la disciplina, aunque haya sido castigada en conformidad a los reglamentos a que se refiere el artículo 431, podrá ser sometida al ejercicio de una acción penal cuando las circunstancias que le sean anexas indiquen que puede llegar a constituir un delito”.

Los mismos argumentos recién aducidos serían vueltos a esgrimir por el Tribunal Constitucional en el fallo más trágicamente conocido como *Caso Antuco*¹⁹⁹. Al discutir sobre la juridicidad del artículo 299 N° 3 del CJM, el Tribunal citaría expresamente los argumentos de *Miranda Rojas*, en su considerando séptimo. Y luego, en su considerando 8°, dilucidando entre las diversas interpretaciones constitucionales y penales sobre la materia, el Tribunal aceptaría la remisión reglamentaria para describir la conducta punible:

Que, no obstante las opuestas interpretaciones presentes en el debate jurisdiccional expuesto, es indudable que una calificación nítida para el precepto bajo examen fluye de dos principales argumentos doctrinarios. Por una parte, se admite que la expresión ‘deje de cumplir sus deberes militares’ es equivalente a describir el ‘*núcleo central de la prohibición*’, para utilizar el concepto jurisprudencial constitucional español, tratándose de una conducta atribuible sólo a los militares,

¹⁹⁹ Fallo citado en nota 1. La tragedia que se produjo en este caso al parecer no fue irrelevante para el Tribunal Constitucional, como critica el voto de minoría del ministro Correa: “*Por muy dramático que sea un suceso y repudiable que sea una conducta, el Estado no tiene derecho a sancionar penalmente a una persona, sino en los casos en que la conducta realizada ha sido previamente descrita en la forma y por los medios que la Constitución exige. Sólo de ese modo se respetará la dignidad de las personas a las que se juzga y se legitimará la acción punitiva del Estado. La Constitución, para proteger la libertad, ha sido exigente al establecer los requisitos que deben cumplirse para juzgar penalmente a las personas y a ella debemos atenernos*”. Considerando 17° de su voto.

*quienes, en tanto grupo de sujeción especial, conocerían sus deberes y, por lo tanto, las consecuencias de su no cumplimiento*²⁰⁰.

En el derecho constitucional chileno, y ambos fallos son una muestra de ello, existe aún debate sobre el alcance de la prohibición de establecer leyes penales en blanco y tipos penales abiertos que establece el artículo 19 número 3° inciso final²⁰¹. No es objeto de este trabajo dilucidar de una vez cuál postura es la más correcta, verosímil o acorde con el texto constitucional²⁰². Pero ello no obsta a señalar que resulta criticable el fallo respecto a la forma en que incorpora la institución de las RSE en el derecho chileno y sus consecuencias normativas. Por el sólo hecho de predicar que los miembros del Ejército se encontrarían sometidos a ese tipo de relación, de ello no resulta argumento suficiente para declarar la certeza y seguridad de que dichas personas conozcan efectivamente las conductas punibles que especialmente los afectan. El Tribunal hace una mera enunciación de algunos deberes que podrían cumplir al menos con la remisión normativa que el CJM haría a la potestad reglamentaria, al describir conductas externas que implicarían un reproche jurídico. Pero al comenzar dicha enunciación,

²⁰⁰ Las cursivas son mías.

²⁰¹ “*Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella*”.

²⁰² Aunque se ha afirmado que la perdurabilidad en el tiempo del mismo es en parte responsabilidad del Tribunal Constitucional, órgano que en la causa Rol 24 de 4 de diciembre de 1984 (Sanciona tráfico de drogas) habría perdido “*la oportunidad de haber sentado un precedente de mayor fuerza. La falta de claridad dogmática y jurisprudencial, por su parte, ha contribuido a que subsista una cierta confusión respecto del sentido del inciso del número 3 del artículo 19° de la Carta Fundamental*”. ZAPATA, P. 2002. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Parte general. Santiago, Biblioteca Americana, p. 47.

declara que muchas de las conductas establecidas en aquellos reglamentos resultan heterogéneas²⁰³. Una afirmación así debería implicar un escrutinio mucho más estricto sobre cada uno de los deberes, y no una enunciación de aquellos que podrían completar la disposición legal en análisis. Sobretudo

²⁰³ *“Que la heterogeneidad de las conductas establecidas en el Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas ya mencionado, no obsta para que algunas de ellas efectivamente tengan un contenido preciso y se entiendan como un complemento coherente del artículo 299, N° 3, del Código de Justicia Militar que nos ocupa. Desde luego, poseen tal calidad los artículos 12 y 20 del cuerpo legal que respectivamente disponen: (artículo 12) ‘Los militares, de acuerdo con su jerarquía, tienen la responsabilidad del puesto que ocupan, deben cumplir las prescripciones reglamentarias y las órdenes de sus superiores, y hacer uso de iniciativa en aquellos casos no establecidos, pero que obedezcan a razones de necesidad, dignidad u honor.’; (artículo 20): ‘ Antes de dar una orden es preciso reflexionar, para que ella no sea contraria al espíritu o letra de las leyes y reglamentos en vigor, esté bien concebida, se pueda cumplir con el mínimo de tropiezos o roces, y, muy especialmente, para que no haya necesidad de una contraorden.’ ‘ Toda orden del servicio impartida por un superior debe cumplirse sin réplica, salvo si el inferior que ha recibido la orden sabe que el superior, al dictarla, no ha podido apreciar suficientemente la situación, o cuando los acontecimientos se hayan anticipado a la orden, o parezca que ésta se ha obtenido por engaño, o se tema, con razón, que de su ejecución resulten graves males que el superior no pudo prever o la orden tienda notoriamente a la perpetración de un delito. En tales casos podrá el inferior suspender momentáneamente el cumplimiento de tal orden, y en casos urgentes modificarla, dando inmediatamente cuenta al superior.’ ‘ Si éste insistiere en su orden, deberá cumplirse en los términos en que fue dada.’ ‘ Las responsabilidades que eresultar (sic) del cumplimiento de las órdenes corresponden al superior que las dicta. Los subalternos no pueden reclamar de ellas ni comentarlas.’ ‘ Los superiores que dan órdenes y los que deben ejecutarlas están obligados a adoptar las medidas y providencias conducentes a la mejor ejecución de ellas.’*

cuando muchas veces el Tribunal Constitucional al interpretar una norma, declara que realiza dicha operación desde una interpretación finalista, la cual, desgraciadamente en este caso estuvo ausente²⁰⁴. Como señaló el ministro Correa Sutil, si la ley se remite a un reglamento, es deber del Tribunal verificar que tal reglamento exista y contenga lo que la ley le ha delegado, todo lo cual estaría ausente en la sentencia (voto de minoría, considerando 12°).

El voto de minoría, en cambio, permite una introducción de la institución de las RSE acorde con el desarrollo dogmático actual de la misma. Dicho voto, además de hacerse cargo de cada una de las premisas del fallo, como aquella que señala que el CJM señala la esencia de la conducta punible²⁰⁵, acepta la posibilidad de que los militares integren una RSE, y de

²⁰⁴ No así en el voto de minoría del ministro Correa Sutil, que en su considerando 4° analizó los fines de la disposición constitucional: *“La finalidad de la norma constitucional ayuda a entender su sentido y reafirma lo dicho. El objetivo principal de esta norma es proteger a la persona frente al poder punitivo del Estado. Cuando se trata de la libertad, todos los países con tradición liberal exigen al Estado que, para castigar legítimamente a una persona, previamente la pongan sobre aviso acerca de las consecuencias penales que tendrá la conducta en cuestión, aviso que debe contenerse en una ley; esto es, en una norma debidamente discutida en el Congreso y suficientemente publicada, cuyo contenido servirá además para controlar la objetividad en la actividad judicial (e independiente) de aplicación. Esos son los resguardos que, siguiendo una larga tradición, la Constitución chilena decidió adoptar para defensa de la seguridad y de la libertad. De ese modo renunció a castigar conductas si ellas no estaban antes descritas en la ley; y renunció a hacerlo, cualquiera fuera el reproche moral que suscitara luego esas conductas. El análisis de los conceptos dogmáticos de la tipicidad no debe hacernos olvidar que ellos han sido consagrados para servir a este fin que, por ser considerado esencial a un régimen democrático que respeta los derechos fundamentales, ha sido incorporado en muchos países, incluido Chile, al texto constitucional”*.

²⁰⁵ Considerando 8°: *“Si la Constitución ha exigido y exige que las leyes penales, incluso las leyes penales en blanco, describan al menos el núcleo esencial de una conducta, con la finalidad de protección de la seguridad y de la libertad ya anotados; es a ese estándar al que debemos someter al numeral 3° del artículo 229 del Código de Justicia Militar impugnado de inconstitucionalidad en esta causa. Este precepto legal no*

una disminución en la extensión de la garantía constitucional referida, lo que en términos normativos implica relajar la reserva legal y admitir una remisión reglamentaria más amplia, pero en ningún caso privar totalmente de dicha garantía a los militares (considerando 10º):

Este disidente concuerda con el fallo en cuanto a que la existencia de una ley que hace una referencia a una conducta cuya descripción remite a un reglamento resulta constitucionalmente más tolerable cuando se trata, como en la especie, de una norma que sólo obliga a un grupo de sujetos que, por pertenecer a una institución obediente, deben conocer determinados reglamentos. En tal caso, puede estimarse que una de las finalidades principales del principio de tipicidad, como es la presunción de que el individuo conoce la norma que lo obliga, puede estimarse cumplida con normas de inferior jerarquía a la ley. Pero este razonamiento exige, como requisito indispensable, que la norma inferior describa los deberes, cuyo incumplimiento la ley sanciona. Esa descripción, según exige la Constitución, debe ser la de una conducta. En efecto, no debe olvidarse que, tal vez la más primigenia de las

cumple con ese estándar mínimo; no describe siquiera el núcleo esencial de una conducta, porque no describe conducta alguna; incumplir deberes militares no es una conducta que quede descrita o explicada en sus cualidades o circunstancias, ni siquiera las más esenciales, no constituye la descripción patente y clara de una conducta. Las palabras dejar de cumplir sus deberes militares, por sí solas, no representan un modo de obrar específico que un sujeto pueda determinar y distinguir de otros modos de obrar, a menos que los tales deberes estén descritos. Por exigencia de la Constitución, la descripción de tales conductas, ahora los deberes militares, debieran estar contenidas, al menos en su núcleo esencial, de manera clara y patente, en la propia ley. Pero sucede que ninguna ley define, ni siquiera en sus rasgos más esenciales, lo que sean los deberes militares, cuyo incumplimiento se sanciona penalmente. Si la única conducta que se describe en la ley no contiene otros datos que 'desobedecer las obligaciones', 'infringir las normas' o 'incumplir deberes', ello equivale a no decir absolutamente nada acerca de los deberes u obligaciones que se tienen, pues la norma, el deber o la obligación quedan necesariamente descritas en otra norma o en ninguna, pero no 'en ella misma', como exige la Constitución. En esas circunstancias es forzoso concluir que la aplicación del precepto legal, por carecer de toda descripción de la conducta que sanciona penalmente y ausentes otras normas legales que le acompañen y describan el núcleo esencial de la conducta -los deberes militares- resulta contraria a la Constitución. Se infringe la Constitución porque la ley hace punible una conducta sin describir expresamente esa conducta en ella misma; esto es, en una ley. Para cumplir con el principio de tipicidad, como lo ha dicho tantas veces este Tribunal es necesario que el núcleo esencial de la conducta esté descrito en la Ley. En este caso no es la ley, sino otras fuentes normativas, las que describen los deberes militares. En consecuencia la conducta punible sencillamente no está descrita, ni siquiera en su núcleo esencial en una norma de rango legal; y por ende, el precepto en cuestión resulta contrario a la Constitución Política".

garantías de la libertad frente a la actividad punitiva del Estado es que lo que se sancione sea una conducta; esto es, un obrar externo de la persona, perceptible por los sentidos. Sólo las conductas y no los pensamientos, características físicas o morales, disposiciones de ánimo o intenciones no expresadas pueden ser objeto de sanciones penales. Esta es la garantía que la Constitución establece: que la conducta quede descrita en ella. *Si resulta plausible relajar esa exigencia por las peculiares características de la profesión militar, no podría exigirse menos que la conducta quede descrita en un Reglamento, pero lo que no podría tolerarse es que se sancione otra cosa que conductas.* En consecuencia, si los deberes militares no los define el Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas (en adelante, el Reglamento) como conductas, la norma constitucional tampoco puede estimarse satisfecha²⁰⁶.

Asentado lo anterior, el ministro Correa analiza los deberes establecidos en el Reglamento, y que serían aplicados por el juez de la instancia, entre los cuales se encontrarían disposiciones del ánimo o virtudes morales, *“como lo son el ‘amor al servicio’, la ‘honrada ambición’, el ‘constante deseo de ser empleado en las ocasiones de mayor riesgo y fatiga’ o el ‘gran espíritu de sacrificio, ajeno a todo propósito egoísta’ [Art. 6]; también la ‘falta de carácter, capacidad y conocimiento’ (Art. 7º), la ‘honestad profesional’ y la ‘equidad y benevolencia exentas de toda debilidad’ [Art. 16]”*²⁰⁷. Las consecuencias prácticas de todo esto, como señala el ministro Correa, son de la mayor gravedad y vulneran los principios básicos de un Estado de Derecho: *“lo más inaceptable de la norma cuya inaplicabilidad se nos solicita examinar es que no es sólo una ley penal en blanco, sino que es*

²⁰⁶ Las cursivas son mías.

²⁰⁷ Considerando 11º.

además una ley penal abierta, en cuanto habilita a los jueces militares a definir, con entera discrecionalidad, lo que es delito y lo que no lo es. Por ser este juicio enteramente discrecional y por hacerse con posterioridad a los hechos, resulta imposible que los sujetos imperados puedan predecir su criterio, aunque conozcan perfectamente sus deberes militares”²⁰⁸.

Para concluir con esta sección cabe anotar que el fallo recién comentado ha sentado un precedente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como puede comprobarse de la lectura del fallo Rol 559, en el cual el requirente adhirió al primer fallo. El Tribunal, dejando constancia de ello, reiteró prácticamente en términos literales los argumentos aquí esgrimidos, al igual que los ministros disidentes²⁰⁹.

IV.2.3. El status de quienes se encuentran privados de libertad

Esta es quizás una de las más interesantes RSE por cuanto el sujeto no cumple propiamente labores como en las categorías anteriores. Se asimila más

²⁰⁸ Considerando 13°.

²⁰⁹ Ver fallo Rol 559 de 07 de junio de 2007, el cual también se solicitaba la declaración de inaplicabilidad del artículo 299 n° 3 del CJM.

su status al de los estudiantes por cuanto en los establecimientos penales se implementan programas de rehabilitación, pero la razón por la que están privados de libertad no es precisamente esa, como es el fundamento de las RSE de los estudiantes (esto es, la enseñanza bajo la autoridad del educador). Su razón de ser la encontramos en el cumplimiento de una pena restrictiva de libertad o de la medida cautelar conocida como prisión preventiva. Desde el punto de vista de los derechos fundamentales lo que la caracteriza por sobre las demás categorías de RSE es el hecho que desde su origen se priva al individuo que se encuentra sujeto a la Administración, a través de Gendarmería, de su derecho a la libertad personal, entendido tradicionalmente como libertad ambulatoria. Como señala Ruiz-Tagle, la relación del Derecho con el criminal (y con la víctima) es más cercana y más intensa por cuanto es el Derecho el que define quién reviste esa condición. La finalidad de la RSE del preso o convicto se fundamenta según sea la teoría de la pena que se sostenga, aunque podrían aceptarse las tres más conocidas: por una parte, la privación de libertad es la pena aplicada al condenado, la que implica (o se fundamenta en) un castigo retributivo por la comisión de un delito (retribución); en segundo lugar, el sometimiento a esta pena permite disuadir a muchos de cometer el mismo u otros delitos (prevención general); y por último, la finalidad de estar privado de libertad en determinados

establecimientos penitenciarios busca implementar políticas de resocialización y rehabilitación del condenado (prevención especial positiva). Se puede aún agregar una cuarta explicación de la pena privativa de libertad: por medio de dicha privación se protege a la víctima y a la sociedad de la comisión de nuevos delitos por el mismo sujeto (prevención especial negativa o neutralización).

Dejando un poco de lado problemas propios de la dogmática penal, en esta materia se pueden al menos distinguir fundamentalmente entre tres tipos de restricciones que sufren los derechos fundamentales: 1) en razón de la pena (previstas en la ley y determinadas por el juez en concreto); 2) en razón del proceso (incomunicaciones ordenadas por el juez, por ejemplo); y 3) en razón de las necesidades disciplinarias y de seguridad al interior del recinto penitenciario. Es este tercer grupo de restricciones las que dicen relación con la institución de las RSE por cuanto es esta la situación bajo la cual *“el interno se encuentra en una relación de derecho público con el Estado, de manera, que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres”*²¹⁰.

²¹⁰ Artículo 2º del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, contenido en el Decreto 518 del Ministerio de Justicia, publicado en el Diario Oficial 21/08/1998.

Respecto a aquellas restricciones a los derechos fundamentales en razón de la pena, la propia Constitución contempla algunas e incluso la pérdida de algunos derechos. Es el caso del artículo 9° que consagra penas a nivel constitucional respecto a la comisión de delitos que el legislador, por medio de una ley de quórum calificado, establezca como terroristas. La disposición señala lo siguiente:

Los responsables de estos delitos quedan inhabilitados por el plazo de quince años para ejercer funciones o cargos públicos, sean o no de elección popular, o de rector o director de establecimiento de educación, o para ejercer en ellos funciones de enseñanza; para explotar un medio de comunicación social o ser director o administrador del mismo, o para desempeñar en él funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones; ni podrán ser dirigentes de organizaciones políticas o relacionadas con la educación o de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindical, estudiantil o gremial en general, durante dicho plazo. Lo anterior se entiende sin perjuicio de otras inhabilidades o de las que por mayor tiempo establezca la ley²¹¹.

Como señalé recién, en algunos casos son sólo límites, y en otros son privaciones de derechos. En cuanto a los derechos fundamentales afectados, se estarían restringiendo la libertad de trabajo, la libertad de enseñanza, la

²¹¹ Este tipo de precepto vendría a establecer un deber supralegal de punición implicando un “prejuzgamiento afirmativo de la cuestión político-criminal del merecimiento de la pena. Un Estado que incorpora estos deberes en su ordenamiento jurídico pierde su prerrogativa de determinación en la selección del medio en relación con el fin de protección de esos intereses”. Estaríamos frente a un nuevo paradigma que no ve en los derechos fundamentales un marco limitativo del *ius puniendi*, sino que su impulso, concibiéndolo como un medio de protección de los derechos fundamentales. BASCUÑÁN, A. 2003. Derechos fundamentales y derecho penal. En: AA.VV. Los derechos fundamentales. Buenos Aires, Editores del Puerto, pp. 330, 320.

libertad de expresión, la igualdad ante los cargos públicos, la libertad de empresa, la libertad sindical, y el derecho de asociación. En cambio, encontramos privaciones totales a la igualdad ante los cargos públicos y a la libertad de enseñanza, con la salvedad de ser privaciones de índole temporal. Otro caso de privación de derechos a nivel constitucional se encuentra en el artículo 13: la condena a una pena que implique la privación o restricción de la libertad por más de tres años, produce la pérdida de la ciudadanía y por ende de los derechos comúnmente conocidos como políticos (derecho a sufragio y a ser elegido en cargos de elección pública). Existen dos niveles de afectación respecto a los derechos que otorga la calidad de ciudadano: la suspensión y la pérdida de la ciudadanía. Respecto a la suspensión, el artículo 16 N° 2° y 3° contempla las causales de hallarse la persona acusada por la comisión de un delito terrorista o que merezca pena aflictiva, y en el numeral 3° por ser sancionados por el Tribunal Constitucional en lo relativo a la inconstitucionalidad de los partidos políticos, consagrada en el artículo 19 N° 15. En este último caso, se recupera la ciudadanía después de transcurrido un plazo de 5 años. La pérdida, en cambio, está contemplada en el artículo 17 numerales 2 y 3²¹². Para concluir con estas restricciones en razón de la pena

²¹² Lo recién señalado no es único de nuestro ordenamiento. Álvarez Conde señala que existen normas constitucionales en la Ley Fundamental alemana que se refieren a la pérdida de determinados derechos como la libertad de opinión, de enseñanza, de reunión, secreto de las comunicaciones, entre otros, cuando se abuse de los mismos con el fin de combatir el régimen fundamental de libertad y democracia. Para el caso español,

basta con señalar que la existencia de estas disposiciones ha sido duramente criticada por parte de la doctrina nacional²¹³.

En segundo lugar, encontramos aquellas restricciones en razón del proceso, las cuales según la terminología del artículo 19 n° 7° letra d) deben llevarse a cabo en los lugares públicos destinados para el arresto, la detención, prisión preventiva o para el cumplimiento de la pena de prisión (o privativa de libertad en general)²¹⁴. Respecto al lugar de detención, la consagración constitucional de este acápite busca ser una garantía en cuanto a aquellos establecimientos públicos. Así lo señalaría el comisionado Ovalle en cuanto el

señala dicho autor que podría llegarse sólo hasta la suspensión del ejercicio de los derechos pero nunca a la pérdida. ÁLVAREZ, E. 1996. Curso de Derecho Constitucional. Vol. 1. Segunda edición. Madrid, Tecnos, p. 290.

²¹³ “Es difícil interpretar la norma constitucional chilena como una garantía que limite al legislador en la imposición de sanciones a los terroristas, porque el Art. 9° entrega un mandato abierto al decir: ‘Lo anterior se entiende sin perjuicio de otras inhabilidades o de las que por mayor tiempo establezca la ley’, y además porque no existe referencia alguna al principio de proporcionalidad. El hecho de que en el derecho comparado no se hayan encontrado disposiciones que tengan tanta amplitud, en cuanto a las facultades que se otorgan al legislador, como las que encontramos en la Constitución chilena, nos debería hacer revisar la conformidad del Art. 9° con los principios del constitucionalismo. El último inciso del Art. 9° de la Constitución chilena, inspirado posiblemente en el Art. 13 No. 3 de la Constitución española ya citado, dispone que el terrorismo no puede ser considerado un delito político por las consecuencias procesales, y particularmente por la pena de extradición. Sin embargo, el Art. 9° se excede, si se lo compara con el Art. 13 de la Constitución española, porque restringe el derecho a indulto, propio de los delitos comunes, perviviendo solo en el caso de la permutación de la pena de muerte por la de presidio perpetuo. Esta disposición del Art. 9° que permite el indulto para la conmutación de la pena de muerte puede resultar parcialmente anacrónica, por la derogación parcial de la pena de muerte, que solo quedó vigente en la legislación chilena para los delitos referidos a la jurisdicción militar. Además, el Art. 9°, al establecer sanciones respecto de personas determinadas por la propia Constitución, y dar un contenido tan específico y restrictivo al mandato que allí se concede al legislador penal, es una norma injustificadamente excepcional. A lo anterior se agrega el hecho de que la Constitución viene a sancionar, por un mismo hecho, múltiples veces, llegando incluso a la pérdida de la ciudadanía. Esto constituye una forma de exclusión social y convierte a ciertas personas en parias [...]” CRISTI y RUIZ-TAGLE (n. 15), pp. 292-293.

²¹⁴ Respecto a las garantías constitucionales establecidas en el artículo 19 número 7°, la doctrina concuerda con el análisis que hago de ellas. VERDUGO, NOGUEIRA y PFEFFER (n. 86), Tomo I, pp. 235-249; EVANS (n. 89), Tomo II, pp. 174-269, con extensas citas a las discusiones en la CENC; y MOLINA (n. 86), 204-216.

término público debía leerse en dos sentidos. El primero, para que el público en general sepa que dicho lugar es uno de detención, y en segundo lugar, para que tenga acceso a él, según lo establezca el reglamento penitenciario para visitar a los detenidos. Consecuencia de esto sería la norma que regula el alcance constitucional de la incomunicación. La incomunicación es una medida que agrava la detención e impide al detenido establecer contactos con personas ajenas al juez, o al funcionario encargado de la casa de detención. Para evitar posibles abuso en la aplicación de esta medida, se encuentra prohibido que el funcionario encargado del establecimiento de detención se vea impedido de visitar al arrestado o detenido, procesado o preso, y no sólo eso, sino que además, cuando lo requiera el arrestado o detenido, dicho funcionario se encuentra obligado a transmitir al juez competente la copia de la orden de detención, a reclamar para que se le entregue dicha copia, o a dar él mismo un certificado que señale la situación de hallarse detenido aquel individuo, si éste se hubiera omitido²¹⁵. De lo recientemente expuesto, es claro que la Constitución permite no sólo la privación de la libertad personal de los individuos arrestados, detenidos o presos, sino que también la privación

²¹⁵ La Constitución prohíbe el establecimiento de la pena de confiscación de bienes (salvo en el caso de asociaciones ilícitas), y de la pérdida de los derechos previsionales. En este último caso utiliza la voz sanción, para extender dicha prohibición no sólo al ámbito penal sino también al del derecho administrativo sancionador. Art. 19 n° 7 letras g) y h).

temporal de la libertad de expresión al admitir, aunque con requisitos limitantes, la incomunicación.

Por último, cabe tratar aquellas restricciones de derechos fundamentales en razón de las necesidades disciplinarias y de seguridad al interior del recinto penitenciario, las más relevantes para la discusión sobre la categorización de los internos como miembros de una RSE o de un status especial. La pregunta que surge ante este último tipo de restricciones es del siguiente tenor: *“las penas privativas de libertad ¿permiten al Estado privar al sancionado de sus otras libertades o derechos, v. gr. libertad de la intimidad, de trabajo, derecho a la educación, derecho a la salud, etc.?”*²¹⁶. El artículo 2º del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios señala lo siguiente: *“Será principio rector de dicha actividad el antecedente que el interno se encuentra en una relación de derecho público con el Estado, de manera, que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres”*²¹⁷. Además, alguna jurisprudencia se ha hecho cargo de la interrogante respondiéndola en forma negativa²¹⁸. Pero la realidad penitenciaria nacional permite –o quizás

²¹⁶ Manuel Núñez en GARCÍA-HUIDOBRO, MARTÍNEZ y NÚÑEZ (n. 176), p. 144.

²¹⁷ Decreto 518 Ministerio de Justicia, publicado en el Diario Oficial 21/08/1998.

²¹⁸ Contreras Sepúlveda, Manuel con Director de Gendarmería de Chile, en RDJ, Tomo XCII (1995), N° 3, septiembre-diciembre, sección quinta, pp. 174-186. En el voto de mayoría se señaló lo siguiente en el

sea mejor decir obliga a— responder en forma afirmativa. Esto se produce por cuanto no se ha regulado por ley la ejecución material de las penas privativas de libertad, sino que ello se encuentra establecido en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios. Nos encontramos claramente frente a uno de los problemas históricos de las RSE, cual es la menor exigencia de que sea la ley el principal instrumento por el cual se regulen y restrinjan los derechos fundamentales. Sobre lo anterior se ha señalado lo siguiente:

Si bien la pena privativa de libertad, en su ejecución efectiva, limita enérgicamente la libertad ambulatoria del condenado, no lo hace totalmente, y sólo puede limitarse ese derecho estrictamente, y el sujeto que sufre esa pena es una persona que, a su vez, tiene otros derechos que no pueden ser perturbados sino en la medida compatible con la naturaleza de la pena privativa de libertad, resulta ineludible entonces

considerando 15°: “*Que a estos efectos cabe descartar el Hospital Penitenciario, no sólo porque no se ha resuelto el traslado del Sr. Contreras a ese establecimiento sino, además, porque ese Recinto hospitalario se encuentra en el interior de la Penitenciaría de Santiago, presentando además reparos en cuanto a su condición sanitaria según se desprende de los oficios de fs. 47 y de fs. 52. En cuanto a la unidad médica que funciona en Punta de Peuco, recinto carcelario a que ha sido ordenado trasladar el recurrente según se informa en oficio de fs. 62, cuenta con tres médicos; enfermera universitaria; auxiliar paramédico; nutricionista; tecnólogo médico; equipamiento farmacológico y stock de medicamentos, personal y equipamiento, que parece el adecuado para un tratamiento al menos de emergencia y sin perjuicio del derecho del recurrente para en caso grave pudiera ser trasladado a otro centro asistencial de mayores recursos conforme a la garantía que le otorga la disposición N° 9 inciso final del artículo 19 de la Constitución Política de la República*”. Más enfático fue el voto de minoría del Ministro Cerda (considerandos 4° y 5°): “*Que la prolongación de la estadía del recurrente en el Hospital Naval no debe estimarse como un no acatamiento ya sea a la sentencia condenatoria o al Estado de Derecho como se planteó en estrados. Por el contrario, el recurrente está y estará cumpliendo con la resolución del más alto Tribunal de Justicia, debidamente vigilado y además, aun cuando no se diga expresamente en el Recurso está implícito su derecho constitucional por optar por la asistencia médica a la que desee acogerse, la que, a su vez se encuentra comprendida en la garantía del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica. Que si como se deja explicado en el fundamento 2° de este voto si el preso —entiéndase el condenado— puede cumplir la pena en su casa, no podría negársele el derecho a permanecer ‘transitoriamente’ en un establecimiento hospitalario que reúne a cabalidad la implementación adecuada, al menos por el tiempo prudente que requiera su intervención quirúrgica, el tiempo que requiera su post operatorio y el término para estar en condiciones de ser dado de alta para continuar cumpliendo su condena en la cárcel de Punta de Peuco*”. El artículo 36 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios expresa en términos afines el derecho a la protección de la salud.

que la compatibilización sea hecha por la ley, y no simple y arbitrariamente por una autoridad administrativa, la cual solamente se encuentra llamada a la ejecución de la pena²¹⁹.

En los casos anteriormente tratados, me refiero a los funcionarios públicos y a los miembros de las Fuerzas Armadas y de Orden, la Constitución establece los requisitos materiales que debe cumplir el legislador, o en su defecto, como resulta del caso constitucionalmente controvertible de la privación de la libertad de asociación, al menos dicha privación se encuentra establecida en forma legal. Por último, en el caso del delito de infracción de deberes militares, se puede admitir la delegación para que a través de normas reglamentarias completen la conducta punible del tipo penal, aún cuando en términos concretos ello haya sido realizado en forma deficiente contraviniendo la Constitución. Por otra parte, la Constitución sólo permite que un derecho fundamental sea vea restringido directamente por normas reglamentarias, en el caso del derecho de reunión cuando es ejercido en lugares de uso público, sin mediar delegación legislativa. El legislador ha establecido que Gendarmería de Chile depende del Ministerio de Justicia, y

²¹⁹ Estas críticas han sido realizadas por SEPÚLVEDA, E. 2004. El ordenamiento jurídico penitenciario chileno: sus reformas más urgentes. En: AA.VV. Estado de Derecho y Reformas a la Justicia. Santiago, Heidelberg Center Para América Latina, pp. 121-131. Cabe agregar que la Convención Americana de Derechos Humanos señala que la restricción legítima de la libertad no implica que la persona pierda sus otros derechos y libertades, y su restricción debe ser conducente y proporcional para conseguir los objetivos propios de la pena (art. 30). La Corte Interamericana ha prohibido ciertos castigos como el aislamiento, el maltrato y la incomunicación, y también ha afirmado la obligación del Estado de investigar aquellos casos de tortura. NASH, C. 2005. Reseña de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004) Relevante para los Derechos Humanos en Chile. Anuario de Derecho Humanos 2005:62-64.

que dentro de las funciones de este último se encuentran: formular políticas, planes y programas sectoriales relativas al tratamiento penitenciario y la rehabilitación del reo, y crear establecimientos penales y de tratamiento y rehabilitación penitenciarios²²⁰. Para ello, el legislador consagra la potestad reglamentaria del Ministerio para dictar normas e impartir instrucciones a las que deben sujetarse sus servicios dependientes, así como fiscalizar su cumplimiento (artículo 2º letra e). Dentro de los modernos criterios de solución sobre el rol que cabría al reglamento que se han desarrollado por nuestra doctrina, para este caso podrían aceptarse las teorías del complemento indispensable y de la razonabilidad técnica. No resultaría eficiente que el legislador estableciera por ley la creación de cada uno de los establecimientos penitenciarios, por lo que la ley le encomienda al reglamento complementar la necesidad de creación de dichos establecimientos por la vía de crearlos. Tampoco sería razonable que las políticas, planes y programas sectoriales para cada establecimiento en materia de rehabilitación de los internos quedara sólo en manos del legislador, por cuanto éste no podría hacerse cargo de las realidades locales de cada establecimiento, donde además se necesita muchas veces actuar en forma diligente y rápida, de lo contrario, los altos costos de

²²⁰ Artículos 2º letras c) y l) y 3º letra c), del Decreto Ley 3.346 que fija el texto de la ley orgánica del Ministerio de Justicia (D.O. 22/05/1980).

transacción de especificar por ley dichos programas “*otorgaría una enorme ventaja al status quo, y el status quo sólo sería susceptible de ser modificado por una legislación similar*”²²¹. El problema se produce en que el Reglamento entra en materias que van más allá de lo recién señalado, como es regular directamente restricciones y límites de los derechos fundamentales, los cuales el constituyente garantizó frente al poder del legislador estableciendo una intensidad de la reserva legal “*singularmente estricta, recortando con ello el ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución en los artículos 19° N° 26, 60° N° 20° y 61° inciso 2° de la Ley Suprema*”²²². Ello no resulta demasiado auspicioso si se atiende a la práctica común consistente en que con posterioridad a la dictación de una sentencia condenatoria, prácticamente se ha ignorado el destino de los condenados, salvo por las excepcionales visitas a los establecimientos penales que realizan los jueces, acentuado por la inexistencia de jueces de control de la ejecución de las penas.

Probablemente por todo esto se puede comprender que los términos en que el reglamento interviene en materia de derechos fundamentales sean más bien respetuosos de la libertad y dignidad de los internos, en vez de enfatizar las posibilidades de restricción de los derechos. El reglamento comienza

²²¹ MASHAW, J. 1997. Greed, Chaos, and Governance. Using Public Choice to improve Public Law. New Haven, Yale University Press, p. 155. La traducción es mía.

²²² Sobre estos tres criterios de solución, ver CARMONA (n. 9): 184-187.

señalando la validez de los derechos fundamentales de los internos, en cuanto sean compatibles con dicha condición (art. 5º). Y a lo largo de sus disposiciones se pueden encontrar consagrados los mismos derechos que la Constitución establece²²³, e incluso algunos no contemplados con esa jerarquía, como la presunción de inocencia (art. 7º). El artículo 75º establece las condiciones para la restringibilidad de los derechos: *“Los derechos de que gocen los internos podrán ser restringidos excepcionalmente como consecuencia de alteraciones en el orden y la convivencia del establecimiento penitenciario o de actos de indisciplina o faltas, mediante las sanciones que establece el presente Reglamento”*. Por lo tanto, las situaciones que posibilitan restringir los derechos son dos: aquellos derechos que no se condicen con su calidad de internos, y en caso de alteraciones del orden y convivencia o de indisciplina o faltas.

La jurisprudencia constitucional que existe sobre los derechos de los internos ha versado sobre dos asuntos específicos: la intimidad o privacidad y las huelgas de hambre. El primer caso se asimila con los anteriormente

²²³ Ver, por ejemplo, el artículo 6º: *“Ningún interno será sometido a torturas, a tratos crueles, inhumanos o degradantes, de palabra u obra, ni será objeto de un rigor innecesario en la aplicación de las normas del presente Reglamento. Se garantiza la libertad ideológica y religiosa de los internos, su derecho al honor, a ser designados por su propio nombre, a la intimidad personal, a la información, a la educación y el acceso a la cultura, procurando el desarrollo integral de su personalidad, y a elevar peticiones a las autoridades, en las condiciones legalmente establecidas. La Administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos y permitirá el ejercicio de los derechos compatibles con su situación procesal”*.

tratados en cuanto estamos frente a una restricción o privación de un derecho (la vida privada) en pos del orden y seguridad interna del establecimiento. El segundo tipo de casos, en cambio, presenta una variante nueva mucho más conflictiva, por cuanto lo que se ha intentado por la vía del recurso de protección, es obligar al ejercicio de un derecho, el derecho la vida e integridad física y síquica, en contra de sus propios titulares.

Respecto a la privacidad o intimidad en los recintos carcelarios, en 1995 la opinión pública conoció de la existencia de micrófonos al interior de un recinto penal de alta seguridad en Santiago, hechos que no serían desmentidos por parte de Gendarmería ni por el Ministerio de Justicia²²⁴. Los recurrentes habían descubierto micrófonos no sólo en las celdas, sino que también en los dormitorios, baños, comedores y en los aposentos destinados para las visitas conyugales. Denunciaban la posibilidad de que ellos existieran en los sitios en que se entrevistaban los abogados con sus representados. Gendarmería invocaría su ley orgánica (Decreto Ley 2.859), la cual le impone el deber de velar por la seguridad al interior del régimen penitenciario, así como de la integridad física de los internos y de los funcionarios públicos que los custodian. Por ello habían extremado las medidas de prevención en esta

²²⁴ *Urquieta Olivares, Julia*. FM N° 440, Rol N° 32.019, pp. 724-730.

unidad de Alta Seguridad, basándose en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, con la instalación de mecanismos que permitiesen disponer de información oportuna sobre ilícitos que se planearan al interior del recinto. Ello se habría realizado respetando la privacidad de los internos, así como de las comunicaciones y entrevistas con sus profesionales letrados. Dichos mecanismos se activarían sólo en el caso de existir antecedentes relacionados con la preparación de algún acto o movimiento de fines ilícitos por parte de los internos. Por último, además de las salas de abogados, se señalaba que se habían excluido dichos micrófonos de las dependencias destinadas a las visitas conyugales, y sumando lo anterior al hecho de que ellos nunca habrían sido utilizados, se argumentó que no se habría violado ninguna garantía. La Corte Suprema señalaría en su fallo que la “Administración Penitenciaria debe velar por la vida, integridad y salud de los internos, permitiéndoles el ejercicio de los derechos *compatibles con su situación procesal*”²²⁵. Para reafirmar esta especial situación de los internos, agregaría las razones por las cuales el actuar de Gendarmería no sería ilegal ni arbitrario:

Que, en estas condiciones, Gendarmería de Chile, ha actuado conforme a sus potestades jurídicas sin que exista tampoco arbitrariedad en su actuar, por cuanto ha velado tanto por la seguridad interior del establecimiento penal de que se trata, destinado a internos calificados como de peligrosidad extrema,

²²⁵ Considerando 6°. El destacado es mío.

como por la integridad física de aquellos y quienes los custodian, previniendo la planificación de ilícitos en el interior del penal, sin perjuicio de que, como se ha informado, los dispositivos cuestionados no se han activado, pues están destinados a utilizarse sólo cuando existan antecedentes relacionados con movimientos o acciones ilegales o antirreglamentarias planeados por los internos (considerando 7°).

La Corte le dio absoluto respaldo a los argumentos esgrimidos por Gendarmería, con el único aliciente de que dichos internos serían presos calificados de peligrosidad extrema lo cual justificaría esta merma en sus derechos.

Este fallo ha sido comentado por la doctrina. Manuel Núñez se pronuncia, en principio, en contra de la privación de otros derechos, por cuanto *“las penas privativas de libertad no son más que la privación de la libertad personal o física, sin involucrar la pérdida de otros derechos o atributos de la persona, como lo es su derecho a la intimidad”*. Y para ello cita algunas disposiciones del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, a las cuales ya he hecho mención, el cual considera muchas veces sobrepasado por la realidad²²⁶. Este autor observa que la regla general sería el libre

²²⁶ Además de los artículos ya citados, agrega el 43: *“De toda correspondencia enviada por los internos o recibida por éstos se llevará un control estricto con el fin de detectar cualquier irregularidad, de la cual el funcionario encargado deberá dar cuenta en su caso al Jefe del Establecimiento. La obligación de comunicar las irregularidades se refiere en particular, a la presencia de claves o a la referencia a temas delictivos o que propendan a la alteración del orden interno del establecimiento o de la sociedad, relacionado con conductas terroristas, subversivas o crimen organizado”*.

ejercicio de los otros derechos de manera idéntica a la de los ciudadanos libres. Pero luego, Núñez agrega que muchos de los delitos se planifican en los recintos penales, argumento con el cual implícitamente buscaría justificar la decisión de la Corte Suprema²²⁷. Sobre lo señalado por este autor cabe agregar que, si bien los criterios de peligrosidad basados en la pena dictaminada en la sentencia condenatoria y de prevención de futuros hechos delictivos resultan criterios materiales válidos para afectar el derecho a la privacidad de los internos, ellos no resultan suficientes si se tiene en cuenta que la Constitución exige que la ley determine los *casos y formas* de interceptación de comunicaciones y documentos privados (art. 19 n° 5). Este punto lo ha señalado Julián López cuando indica que un análisis formalista del fallo “*conduciría inevitablemente a calificar esta sentencia de un error*”. Ello por cuanto la sola instalación de dichos micrófonos implicaba una amenaza al derecho a la privacidad, la cual no estaría contemplada en una ley que la autorice ni la forma en que ella deba realizarse.

Ninguna norma de la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile, ni de las demás leyes, reglamentos y decretos que cita la sentencia en sus considerandos, facultaban a Gendarmería para instalar estos micrófonos. Por su parte, la única norma de la Ley Antiterrorista al amparo de la cual podría haberse justificado esta conducta era la que faculta para decretar la “observación, por

²²⁷ Manuel Núñez en GARCÍA-HUIDOBRO, MARTÍNEZ y NÚÑEZ (n. 176), pp. 165-166.

cualquier medio” de los sospechosos de estos delitos, norma que no sólo proporciona una dudosa cobertura a la instalación de micrófonos secretos, sino que, requiere, en cualquier caso, de una previa resolución judicial²²⁸.

Concluye dicho autor que en la decisión se encontraría implícito el criterio de que este tipo de técnicas intrusivas deberían ser aceptadas para la investigación del crimen organizado, y que en dichos casos constituyen una limitación legítima al derecho a la privacidad²²⁹. A ello tan sólo cabe señalar que, aún cuando dichos criterios materiales otorgan razones que justifican la decisión, por el hecho de ser ellos implícitos no cumplen el deber de fundamentar las decisiones judiciales, en especial, la sentencia definitiva del caso.

El otro tipo de casos en que se ha producido tensión entre los derechos de los internos y de la Administración personificada por Gendarmería, versan sobre huelgas de hambre. Como señalé con anterioridad, lo más conflictivo en este tipo de casos se produce respecto a la invocación por parte de Gendarmería del derecho a la vida como derecho ilegítimamente amenazado o perturbado por parte de sus propios titulares.

²²⁸ El Reglamento permite intervenir o restringir las comunicaciones orales y escritas por razones de seguridad, en su artículo 29 inciso 3°.

²²⁹ LÓPEZ, J. 1999. El derecho a la privacidad y la necesidad de hacer cumplir la ley penal en Chile. *En* AA.VV. Derecho a la privacidad. Buenos Aires, Editores del Puerto, 211-212.

Se han podido identificar al menos dos tendencias interpretativas en la jurisprudencia y la doctrina²³⁰. La primera es aquella en que se obliga a vivir a los internos, la cual ha sido mayoritaria. En *Director Nacional de Gendarmería de Chile*, la Corte razona sobre la base del mayor respeto y protección de la vida del ser humano hacia donde nuestro ordenamiento jurídico tendría a evolucionar, citando al efecto no solo normas constitucionales (19 n° 1 y 5 inciso 2°), sino que también penales, como el delito de no socorrer o auxiliar a una persona que se encontrare herida, maltratada o en peligro de perecer, sancionado con pena de falta²³¹. Luego agrega el carácter propio de RSE que se produce entre los reclusos y la Administración del Estado:

Que de los principios y normas sucintamente aludidos en las motivaciones que preceden, se desprende que es deber imperativo de las autoridades públicas velar por la salud y por la vida de las personas que conforman su sociedad.

Que en la especie, los reclusos en los establecimientos carcelarios están bajo la tuición de los funcionarios de Gendarmería de Chile y sobre éstos pesa la obligación de velar por su integridad física[,] su salud y su vida, y procede por consiguiente agotar las medidas

²³⁰ Una tercera posibilidad sería no recurrir de protección en contra de los internos, sometiéndolos directamente a alimentación forzosa. En el voto de minoría del ministro Pfeiffer en *Director Nacional de Gendarmería de Chile*, así como en la sentencia revocada en *Díaz Trujillo, Max* dicha posibilidad se plantea y se afirma que estaría justificada por el propio ámbito de las potestades de Gendarmería. Quizás si hubiesen sido estos los hechos se podría apreciar por parte de la Corte de mejor forma la relación entre el titular de un derecho y el destinatario del mismo.

²³¹ FM N° 397, Rol N° 17.956, Diciembre, 1991, pp. 785-787.

para que puedan cumplir adecuadamente con esta obligación (considerando 2°).

En *Díaz Trujillo, Max*, la Corte Suprema revocó la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, postulando que “*resulta evidente que la actitud de las personas señaladas constituye un acto ilegal que atenta contra la vida de ellas mismas* y, en consecuencia, vulnera la garantía constitucional contemplada por el artículo 19 n° 1 de la Carta Fundamental”²³². Por último, aunque en voto de minoría del ministro Álvarez, en *Director de Gendarmería* se reafirmó el tenor de los argumentos anteriores:

Que los hechos indicados evidentemente atentan contra la vida e integridad física y psíquica de los huelguistas, ya que si bien tal hecho no está penado por la ley, infringe todo nuestro sistema social y jurídico que impide y sanciona todo atentado contra la vida, ya sea bajo la forma del homicidio o de la colaboración al suicidio; debiendo observarse que se aprecia claramente la ilegalidad en que están concebidos la tentativa de suicidio y el suicidio por la sanción que se aplica al cooperador de este acto ilícito²³³

Esta primera posibilidad interpretativa tendría sus orígenes en dos fallos anteriores que versarían sobre huelgas de hambre pero no en el ámbito de

²³² Considerando 3°. FM n° 408, Rol n° 20.000, Noviembre, 1992, pp. 844-846. Énfasis agregado.

²³³ *Director de Gendarmería*. GJ n° 191, Rol n° 1.525-96, 1996, pp. 96-97.

quienes en encuentran privados de libertad²³⁴. La primera jurisprudencia que surgiría de dichos fallos sería recibida positivamente por parte de la doctrina. La huelga de hambre pasaría a ser concebida como un tipo de suicidio a plazo, produciéndose una “*violación del deber fundamental de respetar la propia vida y un atentado grave a la conservación de esa vida, que es un derecho que emana de la propia naturaleza humana y que se impone a todos los demás, incluso, ya en su perspectiva de deber, a la persona misma de que se trata*”²³⁵. Aún cuando al analizar el derecho a la vida habla más bien del deber de respetar la vida, Manuel Núñez no muestra una posición definitiva al respecto. Compara el caso *Rozas Vial*, en el cual no existe la RSE propia de quien se ve sometido a prisión, con el caso español conocido como *Grapo*. En 1989 los integrantes de un grupo terrorista reclusos en diversas cárceles iniciaron una huelga de hambre para lograr atención por sus demandas. La Audiencia Provincial de Madrid autorizó la asistencia médica y la alimentación forzada frente a lo cual los reclusos interpusieron un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional para que se garantizara su libertad y autonomía. El Tribunal desestimó la existencia de un derecho constitucional a la propia muerte, y desechó la pretensión de los reclusos basado principalmente en la

²³⁴ Me refiero a los fallos *Rozas Vial y otros contra Párroco de San Roque*, en RDJ LXXXI, 2ª-5ª, pp. 161-165, e *Intendente de la Región de Atacama con Párroco de El Salvador*, RDJ Vol. LXXXIII, tomo 2, 1986, pp. 108-111.

²³⁵ SOTO, E. 1984. Derecho a la vida y recurso de protección. RDJ LXXXI (1):60-61.

finalidad de la propia huelga de hambre, la cual se produciría “*en el seno de una relación especial penitenciaria, arriesgan[do] su vida con el fin de que la administración deje de ejercer o ejerza de distinta forma las potestades que le confiere el ordenamiento jurídico; pues en este caso la negativa a recibir asistencia médica sitúa al Estado, en forma arbitraria, ante el injusto de modificar una situación, que es legítima mientras no sea judicialmente anulada, o contemplar pasivamente la muerte de personas que están bajo su custodia y cuya vida está legalmente obligado a preservar y proteger*”. Núñez se pregunta si la vida como derecho/libertad puede convertirse en un deber incluso para el propio titular, considerando que ambos casos son similares para él. El único criterio que utiliza para discernir si se puede obligar al titular a ejercer su derecho es el de la finalidad del acto de renuncia, diferenciando los casos de auto agresión meramente instrumental de aquellos en que existen supuestos justificados que tornen lícita la abstención de la autoridad para proteger la vida de quien renuncia a ella²³⁶. Pero no plantea la diferencia esencial de cada caso, en cuanto los Grapo (y los reclusos de los casos chilenos de huelgas de hambre) se encuentran en una relación especial penitenciaria como señala el Tribunal Constitucional español, lo que no sucede en *Rozas Vial* ni en *Intendente de Atacama*.

²³⁶ En GARCÍA-HUIDOBRO, MARTÍNEZ, y NÚÑEZ (n. 176), pp. 52-53, 62.

Una segunda tendencia interpretativa critica esta posibilidad de forzar el ejercicio del derecho a la vida, por la vía de reclamar que se estaría infringiendo dicho derecho por omisión/disposición que el propio titular ha realizado. El fallo apelado en *Díaz Trujillo*, en su considerando 4º señala lo siguiente:

Que tales antecedentes no permiten a estos jueces convencerse que están ante un riesgo cierto para la vida de los presos en cuestión.

Oponerse a su actitud equivale, en el estado de cosas existentes en este momento, aplicar la fuerza, en nombre del derecho, para impedir un comportamiento libre y voluntario que no tiene en sí mismo(sic) relevancia jurídica –ayuno- y que, por lo mismo, menos puede ser considerado ilegal

En la doctrina, este planteamiento del deber de la vida ha sido criticado apelando a la estructura propia de los derechos fundamentales²³⁷, como por la práctica jurisprudencial que vaciaría de contenido el concepto de titularidad, al

²³⁷ Basándose en la obra de Robert Alexy se ha concluido lo siguiente: “El derecho a la vida es, primariamente, un derecho a una acción negativa, la cual consiste en abstenerse de afectar un atributo personal, como es la supervivencia o condición de ser vivo. Esto significa que frente a cada titular de un derecho fundamental a la vida, todos los demás tienen el deber de abstenerse de afectar su vida. Que dentro de los destinatarios de la obligación correlativa se encuentre su propio titular, eso es lógicamente imposible, pues ¿quién sería a su vez el titular del derecho correlativo a su deber? No hay, en consecuencia, un deber fundamental de vivir. Precisamente porque asegura el *derecho* a la vida, la Constitución sólo establece – correlativamente– la prohibición de matar *a otro*”. BASCUÑÁN R., A. 2003. Introducción a la regulación penal de los atentados contra la vida humana. Materiales de clase del curso de Derecho Penal III (parte especial). Santiago, Facultad de Derecho Universidad de Chile, p. 29. Destacado en el original. Sobre esta estructura de los derechos fundamentales a la que hace mención, puede consultarse ALEXY (n. 8), pp. 173-245.

otorgarle preeminencia a la legitimación activa²³⁸. Pero más relevante resulta el análisis realizado respecto a las posibles justificaciones constitucionales para restringir la posibilidad de muerte de los reclusos. En primer lugar, se ha analizado el rol de la voluntad de los manifestantes por cuanto todos los casos mencionados obedecen a huelgas colectivas, existiendo un riesgo de coacción sobre cada voluntad individual. Ello abre la interrogante de si dicha voluntad fue manifestada en forma seria y libre, lo cual debiera ser objeto de acreditación en dichos procesos por el medio de prueba conocido como inspección personal del tribunal. Criterio similar se encuentra en el fallo apelado en *Díaz Trujillo*, donde la Corte de Apelaciones de Santiago, en el considerando 3º, deja constancia de que *“todos y cada uno de los reclusos exhiben muy buen estado de ánimo, lucidez y entereza y que en caso alguno denotan estar en peligro de muerte, admitiendo la posibilidad de poner término a la huelga si se evidencian signos favorables en su tratamiento judicial”*. También cabe señalar el voto de mayoría de *Director de Gendarmería*, en el cual una de las razones principales para desechar la acción de protección fue el diagnóstico de inexistencia de riesgo vital de los informes

²³⁸ “Si un tribunal acoge un recurso de protección deducido a favor de un huelguista de hambre por una autoridad pública quien recurre de protección, podrá aparecer en un primer momento que lo que existe es protección del derecho en contra de la voluntad de su titular. Pero, examinada más a fondo la situación, lo que se ha hecho es privar al titular de su condición de tal, desde el momento en que ya no se encuentra en condiciones de decidir sobre el ejercicio de su derecho. Sería interesante plantear aquí la cuestión de si la intervención procesal de cualquier sujeto ejerciendo la acción de protección en beneficio de un tercero no requiere de acreditar un interés legítimo, el que debería estimarse inexistente cuando la acción va dirigida a ‘proteger’ el derecho en contra de la decisión que sobre su ejercicio haya tomado el propio titular”. ALDUNATE (n. 63): 200.

médicos del Instituto Médico Legal, solicitados como medidas para mejor resolver (considerandos 3º y 4º). En segundo lugar, no debe olvidarse el hecho de que en el caso de los reclusos, su vida depende del Estado-Administrador, personificado por Gendarmería, y dada esta relación de dependencia podría afirmarse una excepción válida al principio de la inexigibilidad de la obligación de vivir, por cuanto Gendarmería podría invocar el reconocimiento de un derecho a la propia muerte para omitir sus deberes de mantener con vida y buen estado de salud a los reclusos, lo cual ampliaría el riesgo no sólo de omisiones sino que también de actuaciones dolosas o negligentes²³⁹. Incluso, por esta vía se podrían encubrir maltratos u otros apremios ilegítimos.

Por último, resulta interesante transcribir las críticas que el caso GRAPO produjo. Desde la óptica de la argumentación jurídica, Manuel Atienza ha criticado este fallo, basado principalmente en la premisa normativa que habría establecido el Tribunal Constitucional español: la Administración tiene la obligación de velar por la vida de los internos, para lo que puede y debe otorgarles asistencia médica incluso de manera forzosa. La premisa fáctica sería la huelga de hambre que ha puesto en peligro de muerte a los internos, y su conclusión resultaría obvia. Lo que Atienza critica es la premisa

²³⁹ BASCUÑÁN (n. 237), pp. 30-31, 33.

normativa fundada sobre la base de tres argumentos: que la vida no es un derecho disponible, el que la huelga de hambre persigue fines ilícitos y la caracterización de los internos como sujetos a una RSE. Atienza señala respecto al primer aspecto que el derecho a la vida es un derecho disponible al igual que el voto o elegir una determinada religión, disposición eso si diversa a la del derecho de propiedad. Respecto a los fines ilícitos, señala que si el ejercicio de un derecho implica un obstáculo para poder llevar acabo una determinada política, ella no puede ser por sí misma una razón válida para limitarlo. Y, respecto a la temática de este trabajo, señala que la interpretación del Tribunal Constitucional de la RSE “*parece verdaderamente insostenible. El internado en centro penitenciario goza –o ha de gozar– de los mismos derechos fundamentales que el ciudadano libre, en la medida en que éstos sean compatibles con el cumplimiento de la pena*”²⁴⁰. La pregunta que surge de los planteamientos de Atienza es si acaso el tratamiento y alimentación forzosa tienen relación con el objetivo de cumplir la pena. Se podría intentar

²⁴⁰ ATIENZA, M. 1991. La huelga de hambre de los GRAPO. [Claves de la razón práctica](#) (14):8-19, citado en LASAGABASTER (n. 11), pp. 402-403. DIEZ-PICAZO (n. 3), p. 134, señala lo siguiente: “*respecto a los reclusos en establecimientos penitenciarios –que, por razones obvias, encarnan la relación de sujeción especial más intensa- el ya mencionado art. 25.2 CE establece precisamente el principio contrario: las restricciones de derechos no se presumen por el hecho de haber sido condenado a pena de privación de libertad*”. El artículo correspondiente dice lo siguiente: “*Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad*”. [en línea] http://www.congreso.es/funciones/constitucion/titulo_1_cap_2_sec1.htm [consulta 26 de julio 2006].

responder señalando que la muerte de un recluso podría ser una forma de evadir dicho cumplimiento, similar a la fuga. Pero, a diferencia de esta última, la muerte implica una lesión mayor –la más alta que un Estado podría imponer en caso de aceptar la pena de muerte– que la propia prisión, eliminando toda posibilidad de libertad posterior a dicho incumplimiento. Más razonables parecieran los argumentos que buscan evitar omisiones y actuaciones dolosas por parte de Gendarmería.

IV.2.4. Los estudiantes de establecimientos públicos

Esta categoría de RSE es hoy una de las menos claras. La educación bajo los principios de la Revolución Francesa sería concebida como una tarea propia del Estado, idea que provendría de la Ilustración²⁴¹. En las

²⁴¹ Para lo que sigue me he basado principalmente en FIGUEROA, M. 2005. Educación pública: ¿uno de los fines del Estado liberal y condición de existencia de la democracia? En: AA.VV. Los límites de la democracia. Buenos Aires, Editores del Puerto, pp. 59-82. También puede consultarse, con algunas diferencias en las apreciaciones sobre algunos actores relevantes de la época, SERRANO, S. 1990. La Revolución Francesa y la formación del sistema nacional de educación en Chile; quien señala lo siguiente: “*La vía española determinó que los contenidos reformistas llegados a Chile en materia educacional se concentraran en la reivindicación del conocimiento útil para el progreso material y la responsabilidad del Estado en su fomento. Desde esta perspectiva, se criticaba la escolástica, pero esta crítica no tenía un contenido antirreligioso en contra de la Iglesia ni un contenido político en contra de la monarquía. Las ideas políticas de la Ilustración francesa irrumpieron en la escena pública chilena con la Emancipación. La educación fue entonces vista por los criollos como el instrumento privilegiado para la*

constituciones a partir de 1790 los constituyentes se comprometerían a crear un sistema de instrucción pública común para todos los ciudadanos, el cual sería gratuito, en principio sólo para la educación primaria aunque gradualmente también para los demás niveles. En Chile, desde 1812 comenzarían a desarrollarse una serie de medidas legales y políticas para desarrollar la educación pública. La Constitución de 1818 les otorgaba un rol preponderante a los cabildos en el fomento de la educación de la juventud. La Constitución de 1822 establecía dentro de las facultades del Congreso el otorgar un plan general de educación pública. La Constitución de 1828, haciendo eco de las ideas federalistas que existieron durante la década de los veinte, entregaría a las municipalidades la responsabilidad del Estado sobre la educación pública en todos sus ramos. La Constitución de mayor data en nuestra historia institucional, la de 1833, mantendría la consagración del fin del Estado respecto a la educación pública, incluyendo la facultad del Congreso de aprobar el plan general. Además consagró la creación de una

formación del hombre nuevo, del ciudadano libre. Si bien es difícil reconstruir las vías que trajeron a Chile las ideas y proyectos educacionales de la Revolución Francesa, es posible establecer rasgos comunes en ambas experiencias que revelan esa influencia, rasgos comunes que admiten también diferencias necesarias de destacar. Si la Francia Revolucionaria aportó una nueva ideología educacional, la Francia Napoleónica aportó una organización institucional que tuvo una fuerte influencia en Chile. La formación de un sistema nacional de educación fue una aspiración de los criollos desde los inicios de la Independencia; sin embargo, éste logró adquirir una fisonomía estable sólo a mediados del siglo XIX". En: KREBS, R. y GAZMURI, C. (eds.). La Revolución Francesa y Chile. Santiago, Universitaria, p. 247. También puede consultarse el fallo *Pavez Urrutia, Jorge y otra con Ministro de Educación Pública*, en RDJ, Tomo LXXXIII (1986), N° 2 (mayo-agosto), sección 5, considerandos 9° a 13°.

superintendencia de educación pública bajo la dirección del gobierno que tendría como función inspeccionar la enseñanza nacional²⁴². Al no estar consagrada la libertad de conciencia por la confesionalidad del Estado ni la libertad de enseñanza, puede entenderse por qué durante el siglo XIX se habló en nuestro país del Estado docente²⁴³. En el caso de la última, ella sería introducida con la reforma de 1874.

Con posterioridad, la Constitución de 1925 no modificó la libertad de enseñanza consagrada con anterioridad, manteniendo el fin preferente del Estado respecto a la educación pública, aunque eliminando la participación del Congreso en la formación del plan general. El rol estatal se reduciría al control y dirección del gobierno a través de la Superintendencia de Educación Pública. El control que dicho órgano ejercería produjo debate en la doctrina respecto al alcance de la expresión educación nacional, en cuanto a si se limitaba a la educación pública o también a la particular²⁴⁴. La reforma

²⁴² Artículo 154: “Habrá una superintendencia de educación pública, a cuyo cargo estará la inspección de la enseñanza nacional, i su dirección bajo la autoridad del gobierno”.

²⁴³ FIGUEROA (n. 241), p. 67, señala la similitud que se produciría con el modelo francés en lo relacionado con la instrucción pública: “Entre ellas, mencionaremos la división entre educación primaria, secundaria y superior, la conversión de los colegios en liceos, la gratuidad de la enseñanza, el establecimiento de una escuela normal para profesores y en especial la función de superintendencia asignada a la universidad en Francia, en donde convivía con una enseñanza cuya génesis era religiosa; gran parte de estas políticas fueron determinadas al igual que en Chile por el conflicto entre la enseñanza religiosa y su laicización”. En 1860 se dictaría la Ley de Instrucción Primaria disponiendo la creación de escuelas de niños y otra de niñas cada 2.000 habitantes, la gratuidad de la instrucción así como su financiamiento estatal. También se fijaría el contenido de la enseñanza.

²⁴⁴ Según Bernaschina, existía una interpretación errónea por parte de algunos autores como Rafael Raveau, “que ha restringido la expresión ‘enseñanza nacional’ a la costeada con fondos fiscales, de lo cual se

constitucional de 1971, conocida como Estatuto de Garantías aumentaría el rol del Estado en la educación al concebirla como una función primordial del mismo, manteniendo tanto la libertad de enseñanza como a la Superintendencia, zanjando de paso el debate anterior a dicha reforma, por cuanto sus potestades directivas y de control abarcarían tanto a la educación pública como privada. Se introduciría una nueva distinción relativa al financiamiento, consistiendo en que la educación particular podría ser gratuita (otorgándole el rol de colaboradora de la función del Estado y recibiendo financiamiento del mismo) o pagada.

La Constitución de 1980 transformaría el rol del Estado respecto a la educación a uno de tipo subsidiario, permitiendo el ejercicio de la libertad de enseñanza en cualquiera de los tres niveles de la educación. La Constitución de 1980 sería la primera en consagrar el derecho a la educación como un derecho fundamental, aunque no sería un derecho tutelado por el recurso de protección²⁴⁵. Bajo este esquema se ha afirmado que el derecho a la educación se refiere principalmente a su cobertura. Ella “*está provista por la educación*

deduciría la falta de competencia del Estado para inmiscuirse en la enseñanza particular, como lo dice también el D.F.L. N° 104, de 17 de junio de 1953, que creó la Superintendencia de Educación Pública. Pero como muy bien lo ha sostenido el señor José Maza, uno de los redactores de la Constitución, ‘tal vocablo (nacional) se refiere tanto a la enseñanza fiscal como a la particular, o, mejor dicho, a toda la enseñanza que se imparte dentro del territorio nacional’. BERNASCHINA, M. 1958. Manual de Derecho Constitucional. Tercera edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 211-212.

²⁴⁵ “*Como todos los derechos de contenido económico-social, el que se analiza aparece en esta Constitución un tanto desdibujado como consecuencia de la implantación del principio de subsidiariedad*”. VERDUGO, NOGUEIRA y PFEFFER (n. 86), Tomo I, p. 286.

*municipalizada. Es el último bastión: aquellos alumnos excluidos de todas partes son, siempre, admitidos por el Estado. En su forma elemental, por tanto, este derecho está servido por la educación municipalizada y, también, por los fondos fiscales que se dedican a la particular subvencionada. Al propio tiempo, este esquema actualiza elementalmente la igualdad que la Constitución asegura a los chilenos: todos, incluso los más pobres, pueden acceder a la educación”*²⁴⁶. La Constitución consagraría como obligatoria la educación básica, y luego, con la reforma constitucional de la ley 19.876 (D.O. 22/05/2003) dicha obligación/garantía sería ampliada hasta la educación media.

Como señalé al comenzar esta sección, esta categoría de sujetos no resulta clara etiquetarla de RSE, al menos no bajo una Constitución que consagra la libertad de enseñanza y, como algunos han afirmado, repudia al Estado Docente²⁴⁷. La libertad de enseñanza es de aquellos derechos propios de los particulares frente al Estado, y su contenido consistiría en “*la constitución jurídica del interés de los particulares en enseñar lo que quieran*

²⁴⁶ SIERRA, L., 2003. Cuotas obligatorias de alumnos ‘vulnerables’ en la educación subvencionada: Defectos constitucionales. Puntos de Referencia (266):4.

²⁴⁷ La expresión es de ZAPATA (n. 119), p. 574, quien señala que la actual Constitución establece principios y normas contrarias al estatismo y al colectivismo, así como el abandono o proscripción de tareas anteriormente tradicionales del Estado, citando como ejemplo al Estado Docente.

y como quieran, sin que el Estado pueda legítimamente impedirlo”²⁴⁸. La consagración de dicho derecho fundamental implica un límite a la acción estatal respecto al control que ejerce sobre la educación. Lo mismo sucedería con la actual consagración del derecho a la educación, según lo cual “comprendería, bajo la actual regla, una prestación y una inmunidad. El Estado tiene, entre otras cosas, el deber positivo de financiar un sistema de educación gratuita (no necesariamente de proveerlo) y el deber negativo de no interferir con el derecho preferente de los padres de educar a sus hijos”²⁴⁹.

²⁴⁸ Los límites los establece la propia Constitución señalando por tales a la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional. “En una constitución democrática, el contenido de dichos límites se expresa mediante la ley. Así por ejemplo, la misma LOCE reconoce que la libertad de enseñanza no permite a un establecimiento educacional expulsar o negar el ingreso de alumnas embarazadas o madres (art. 2 inc. 3). En otras palabras, ni la moral pública ni las buenas costumbres admiten dichas prácticas de exclusión”. Este derecho también reconoce límites “cuando los establecimientos educacionales pretenden reconocimiento oficial del Estado. Esto es algo que también está reconocido por la propia Constitución Política, sólo que en este caso existe una garantía extraordinaria para dicha libertad. Ésta consiste en la exigencia de que los requisitos para el reconocimiento oficial sean establecidos mediante una ley que sea aprobada por a lo menos cuatro séptimos de los diputados y senadores en ejercicio (‘ley orgánica constitucional’)”. CORREA, R. 2006. Sobre la Libertad de Enseñanza y Derecho a la Educación. [en línea] <http://www.uai.cl/fset/index_temp.html?url=/p4_home/site/pags/20060602132421.html> [consulta 28 de julio 2006].

²⁴⁹ Según esta visión, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional acentuaría aún más los límites al actuar estatal: “La interpretación del Tribunal Constitucional establece, en efecto, fuertes limitaciones a la hora de regular la práctica educativa en Chile, sobre todo para establecer requisitos de entrada al sistema educativo. El texto constitucional establece en su artículo 19, número 26, que no es lícito al legislador afectar los derechos en su esencia o establecer condiciones que impidan su libre ejercicio. Si, como ocurre, la facultad de abrir establecimientos forma parte del núcleo esencial del derecho, es fácil comprender las dificultades que se plantean al legislador a la hora de establecer mayores exigencias que las actualmente existentes. Una regulación mayor se expone fácilmente al reproche de lesionar el núcleo esencial de la libertad de enseñanza”. PEÑA, C. 2007. La

Los alcances de dicho control dependerán, en el caso de la educación escolar, de si ella se trata de educación particular pagada, particular subvencionada o municipalizada, existiendo menor control en la primera y mayor en la última. Por ende, dado que los establecimientos educacionales del sector municipal pertenecen al Estado, ellos carecen de libertad de enseñanza, y los alumnos de dichos establecimientos se encontrarían en una relación más acentuada respecto a la Administración que los otros alumnos²⁵⁰. Esta situación se complica más aún por enlazarse con otra arista de la dogmática relativa a los titulares de los derechos fundamentales, cual es el hecho de que la mayor parte de los alumnos que la integran son menores de edad. La minoría de edad en las distintas ramas del derecho incide en materia de capacidad jurídica. En materia delictual, es conocida la regla que establece la imputabilidad del

provisión educativa en Chile: requisitos y financiamiento. En: BRUNNER, J. y PEÑA, C. (Coordinadores). La reforma al sistema escolar: aportes para el debate. Santiago, UDP/UAI, p. 29.

²⁵⁰ El Tribunal Constitucional, en fallo Rol N° 410, en su considerando décimo señaló que la libertad de enseñanza está consagrada para establecimientos públicos y privados. Esto ha sido criticado de la siguiente forma: “*El Tribunal Constitucional cometió un grave error al sostener lo contrario, esto es, que los establecimientos educacionales del sector municipal tienen una libertad de enseñanza que pueden oponer a las pretensiones del legislador y de la administración pública central de dirigir, regular o controlar sus actividades. Chile no es un Estado federal. La descentralización se hace por ley, según señala explícitamente la propia Constitución Política (art. 3 inc. 2). La educación pública sigue esta regla general. La Constitución Política no contiene decisión alguna a favor de la educación pública descentralizada. El legislador tiene por tanto completa libertad para determinar qué competencias radicar en la administración central y cuáles en las municipalidades. Tampoco contiene la LOCE opción alguna por la educación pública municipal. En consecuencia, la centralización de competencias que las municipalidades no puedan satisfacer en condiciones que contribuyan ‘a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible’ puede hacerse mediante ley ordinaria*”. CORREA (n. 248). Ver sobre el problema de la titularidad de derechos por parte del Estado LASAGABASTER, I. 1991. Derechos fundamentales y personas jurídicas de derecho público. En: AA.VV. Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Madrid, Civitas, Tomo II, pp. 651-674.

mayor de siete años respecto a su eventual responsabilidad civil extracontractual (art. 2319 Código Civil), y que en materia penal lo hace respecto a los mayores de 16 años (art. 10 n° 2 Código Penal)²⁵¹. En materia civil, se presume que obraron con discernimiento si tienen entre 7 y 16 años, y en materia penal se presume que delinquieron sin discernimiento si se encuentran entre 16 y 18 años, por lo que el juez debe decidir sobre el asunto en una u otra forma, según corresponda. En cambio, en materia de capacidad para contraer obligaciones y comprometer voluntariamente su patrimonio, el menor de edad tiene plena capacidad de ejercicio desde que cumple la mayoría de edad a los 18 años. En Chile, este es un problema prácticamente inédito en la doctrina constitucional, que requiere de mayor examen, atendido lo cual en este trabajo tan sólo enunciaré dicha problemática²⁵². Para el caso de las

²⁵¹ La ley 20.084, publicada el 7 de diciembre de 2005, establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, en su artículo 3° señala que se aplica a los mayores de 14 y menores de 18 años.

²⁵² Una opción sencilla para dilucidar el problema de la capacidad de ejercicio respecto a los derechos fundamentales de los cuales un menor de edad puede ser titular, consiste en trasladar la regla civil de los 18 años, como plazo determinado desde el cual se adquiere capacidad de ejercicio. Pero ello implica olvidar que la capacidad de ejercicio en materia civil permite ejercer en plenitud los derechos subjetivos fundados en el patrimonio, el cual se espera que sea comprometido en forma seria, e independiente de la patria potestad de los padres sobre los bienes del hijo. En cambio, en el plano de los derechos fundamentales, ellos presuponen para ser titular de los mismos por parte de hombres y mujeres tan sólo la dignidad inherente a la persona, siendo este su fundamento, además de ser manifestación de su libertad. Por otra parte, nuestra Constitución sólo exige la mayoría de edad respecto al

universidades, el legislador ha desagregado el derecho a la libertad de enseñanza en dos facetas: la autonomía y la libertad académica. La primera consiste en el derecho de cada universidad a regir por sí misma, en conformidad con sus estatutos, todo lo concerniente al cumplimiento de sus finalidades, comprendiendo su autonomía académica, económica y administrativa. La segunda comprende la facultad de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales, y la de buscar y enseñar la verdad conforme con los cánones de la razón y los métodos de la ciencia²⁵³. El panorama resulta similar al de la educación escolar si tenemos en cuenta que, al año 2003, había 61 universidades en el país, las que pueden separarse en los

derecho a la ciudadanía, condición necesaria para ejercer los derechos políticos, pero no los demás derechos fundamentales. La solución más acorde a la que ha llegado la doctrina en el derecho comparado atiende a los grados de madurez del menor, lo que se traduce en un desarrollo gradual de sus derechos, por lo que el requisito adicional para aceptar si se está ante un ejercicio legítimo de un derecho será atender qué tan libre ha sido su actuación u omisión, dentro del marco propio de cada derecho. Sobre esto puede verse DIEZ-PICAZO (n. 3), pp. 128-132. A favor de la regla de la mayoría de edad, aunque aceptando ciertos matices, STEIN, E. 1973. Derecho Político. Madrid, Aguilar S.A., pp. 253-255. una perspectiva histórica puede encontrarse en BRENA, I. 2002. Protección constitucional a la infancia. En: CARBONELL, M. (coord.). Derechos fundamentales y Estado. México D.F., IJ-UNAM, pp. 107-118. un muy interesante artículo es el de DÍAZ, Z. 2004. El menor maduro en el siglo XXI. Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico 73 (4):1071-1094, quien desarrolla la doctrina del menor maduro en la jurisprudencia constitucional norteamericana atendiendo el complejo asunto de la no aceptación por parte de menores de edad de intervenciones quirúrgicas, según su grado de madurez en la decisión.

²⁵³ Artículos 4º y 5º del DFL 1 que Fija normas sobre Universidades (D.O. 03/01/1981).

siguientes grupos: a) 9 tradicionales autónomas, b) 16 derivadas tanto de universidades estatales (13) como católicas (3), y c) 25 privadas. De las nueve tradicionales tres son estatales, tres son públicas no estatales ubicadas en regiones (Austral, Concepción y F. Santa María), dos católicas pontificas (Católica de Chile y Católica de Valparaíso) y una católica no pontifica (del Norte). De las dieciséis derivadas autónomas, trece son estatales y tres católicas. Las universidades tradicionales, autónomas y derivadas, además integran el Consejo de Rectores²⁵⁴.

Estas distinciones sobre el carácter público o privado de los establecimientos educacionales, donde lo público no resulta sinónimo de lo estatal como puede verse para el caso de la educación particular subvencionada y de algunas universidades tradicionales, se vincula directamente con la discusión propia del Derecho Constitucional sobre

²⁵⁴ ATRIA, R. 2005. Diversidad, regulación y Universidad pública. *Revista de Sociología* (19): 71-85. El Consejo de Rectores es una persona jurídica de derecho público, de administración autónoma al cual le corresponde proponer a las entidades que lo integran, las iniciativas y soluciones destinadas a coordinar sus actividades en todos sus aspectos, para procurar un mejor rendimiento y calidad de la enseñanza superior. Tiene como preocupación especial el confeccionar anualmente planes de coordinación de las investigaciones científicas y tecnológicas dentro de los presupuestos aprobados para este fin. Al respecto ver artículo 1° y 2° del DFL 2 (D.O. 21/01/1986) que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Estatuto Orgánico del Consejo de Rectores.

quiénes son sujetos pasivos de los derechos fundamentales, es decir, sobre quiénes se encuentran vinculados u obligados por los derechos fundamentales; si solamente el Estado o también los particulares²⁵⁵. En el caso de los establecimientos particulares pagados y subvencionados, estaríamos frente a un problema de efecto horizontal de los derechos fundamentales; en el de los establecimientos municipales, de uno relativo al efecto vertical de los derechos fundamentales. Para el caso de los estudiantes universitarios, la distinción resulta menos clara para el caso de las universidades tradicionales públicas no estatales y católicas que integran el Consejo de Rectores, sobretodo porque de la jurisprudencia y doctrina que se analizará más adelante, se percibe la existencia de un status especial para los alumnos de estos planteles en iguales términos que los estudiantes de las universidades estatales. Por otra parte, persiste el problema de dilucidar si existe realmente

²⁵⁵ Sobre el tema en la doctrina nacional puede consultarse los siguientes trabajos: MARTÍNEZ, J. 1998. Los particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales: la doctrina del efecto horizontal de los derechos. Actas de las XXIX Jornadas de Derecho Público, Revista Chilena de Derecho (especial):59-64; JANA, A. 2003. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. En: AA.VV. (n. 106), pp. 53-70; ALDUNATE, E. 2003b. El efecto de irradiación de los derechos fundamentales. En FERRADA, J. C. (coord.). La constitucionalización del derecho chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 13-38; GUZMÁN (n. 108) pp. 79-90; CORREA, R. 2004. En defensa de una aplicación exclusivamente vertical de los derechos constitucionales. En: VI CONGRESO MUNDIAL de Derecho Constitucional: 13 de enero de 2004. Santiago, Chile.

una diferencia que justifique tratar a un grupo de alumnos como sujetos a una RSE y a otros no, por cuanto en todos los establecimientos existe un control acentuado sobre los alumnos, propio de la disciplina interna, de los reglamentos de cada institución, y de la propia legislación²⁵⁶. La diferencia, entonces, no se justificaría por la necesidad de orden y disciplina para poder enseñar, sino en la posible incidencia de potestades estatales sobre los alumnos. Esta interpretación se vería reforzada por la crítica que realiza Rodrigo Correa al comentar la jurisprudencia en materia de libertad de enseñanza pronunciada durante el año 2003, específicamente en lo relacionado con los reglamentos internos de un establecimiento municipal y de uno particular, refiriéndose al último indica que al no ser el recurrido un establecimiento educacional perteneciente al Estado, *“sólo está obligado por la legislación, no por los derechos fundamentales. La corte de apelaciones hizo un examen del reglamento del establecimiento educacional y concluyó que no se habían aplicando (sic) los procedimientos disciplinarios que dicho*

²⁵⁶ Por ejemplo, el artículo 7° del DFL 1 (D.O. 03/01/1981) que Fija normas sobre Universidades consagra una regla disciplinaria para las universidades estatales, públicas no estatales y privadas: *“Los recintos y lugares que ocupen las universidades en la realización de sus funciones no podrán ser destinados ni utilizados para actos tendientes a propagar o ejecutar actividades perturbadoras para las labores universitarias./Corresponderá a las autoridades universitarias velar por el estricto cumplimiento de lo dispuesto en el inciso anterior y arbitrar las medidas necesarias para evitar la utilización de dichos recintos y lugares para actividades prohibidas en el inciso precedente”*. Respecto a obligaciones reglamentarias relativas a la presentación y ornato de los alumnos, la crítica de Ruiz-Tagle sobre aquella jurisprudencia que *“tiende a identificar en forma errónea el principio de igualdad con un criterio de uniformidad. Al parecer, es muy difícil tolerar en grado excesivo en los colegios en Chile al extravagante como se demuestra en estos casos”*, como dichas resoluciones no distinguen entre la diversa calidad jurídica de los establecimientos, resulta aplicable a todos ellos. RUIZ-TAGLE, P. 2000. Apuntes sobre al igualdad en Chile. En: AA.VV. Derecho a la igualdad. Buenos Aires, Editores del Puerto, p. 29.

reglamento establecía. Este examen no es algo que corresponda en una acción constitucional. Los derechos fundamentales no están para que las cortes de apelaciones y la Corte Suprema se conviertan en paneles de revisión de medidas disciplinarias conforme a los estándares disciplinarios establecidos por todo tipo de asociaciones”²⁵⁷. Para el caso de la educación escolar, dicha potestades pueden provenir del Ejecutivo a través del Ministerio de Educación y de sus respectivas Secretarías Regionales Ministeriales (SEREMI), o del poder local personificado en las municipalidades. Para el caso de los estudiantes universitarios, las potestades disciplinarias han sido atribuidas al Rector o al Vicerrector Académico de cada universidad, considerado como el órgano administrativo competente para ello, por medio de la ley o de reglamentos, siendo esta última fuente normativa la mayoritaria entre ambas, concretándose en reglamentos de alumnos o de ética estudiantil.

Respecto al sometimiento de los alumnos a las potestades del SEREMI de Educación respectivo, así como de la gestión educativa de los municipios, existe un fallo interesante que versa sobre la libertad de conciencia y de culto

²⁵⁷ CORREA, R. 2004. Derechos Constitucionales. Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez (I):586.

de los alumnos²⁵⁸. La organización comunitaria Evangelio y Educación para Chile (EVEDUCHILE) recurrió de protección en contra del Alcalde de San Pedro de la Paz, del Director de la Dirección de Administración Educacional Municipal (DAEM) y del SEREMI de la Octava Región, porque ese municipio a pesar de las reiteradas solicitudes de la entidad, no había dado cumplimiento al Decreto 924 de 1983 que regula las clases de religión en los establecimientos educacionales, por cuanto no había adoptado las medidas necesarias para que los alumnos evangélicos se les impartieran clases de ese credo. A dichos alumnos se les obligaba asistir a clases de religión católica. La Corte de Apelaciones de Concepción resolvió acoger el recurso de protección interpuesto argumentando que si bien el accionar de los recurridos no fue ilegal, sí se habría incurrido en una omisión arbitraria al no adoptar las medidas suficientes para implementar en los establecimientos municipalizados las clases de religión evangélica para los alumnos de ese credo; por ende, dicha omisión arbitraria causó una perturbación en el legítimo ejercicio del derecho a la igualdad ante la ley y a la libertad de conciencia (considerandos 9° y 11°). La Corte ordenó que desde el inicio del próximo año docente se adoptaran todas las medidas administrativas, técnicas y presupuestarias que

²⁵⁸ *Aliro Torres Acuña y otros contra Alcalde I. Municipalidad San Pedro de la Paz y otros*. Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 125-99, 4 de Marzo de 2002, confirmado por la Corte Suprema, Rol N° 927-02, 9 de Abril de 2002.

fueran necesarias a fin de que en todos los establecimientos educacionales municipalizados de la comuna de San Pedro de la Paz se impartieran clases de religión evangélica a los alumnos que profesaren ese credo religioso, debiendo para el evento que los establecimientos religiosos no contaren con personal idóneo, requerirlo de la autoridad religiosa que correspondiera. Como conclusión puede extraerse que este fallo reconoce el ejercicio pleno del derecho a la libertad de conciencia y de culto en los establecimientos municipales, y por ende laicos, resolución que se muestra acorde con la ley 19.638, la cual, al consagrar la libertad religiosa y de culto, desarrolla el contenido de dicha libertad bajo dos aspectos: en su faceta de autonomía, facultando a sus titulares a practicar en público, en forma individual o colectiva, actos de oración o de culto, y en su faceta de inmunidad de coacción, a no ser obligados a practicar actos de culto o recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales y a no ser perturbados en el ejercicio de estos derechos²⁵⁹. Me parece posible agregar que, dado que el ejercicio de dicho derecho no atenta contra el objetivo principal del establecimiento educacional, no puede prohibírseles ni menos aún atentar contra el mismo, al obligar a los alumnos a instruirse en otro credo. Dicha perturbación no se encuentra justificada en el marco propio de esta RSE, y

²⁵⁹ Ver artículo 6º letra b) de la ley 19.638 que establece normas sobre la constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas (D.O. 14/10/1999).

menos aún teniendo en cuenta el principio de la laicidad del Estado, que no se reduce a la neutralidad religiosa del mismo, sino que también de ayudar a crear condiciones para el desarrollo de la libertad religiosa, así como de todos los derechos fundamentales²⁶⁰.

Otro fallo, relativo a la cancelación de matrículas, muestra el problema relativo al sometimiento por parte de los alumnos a la autoridad municipal. En *Daniel Apablaza Uribe y otros con Corporación de Desarrollo Social de Providencia*, los recurrentes señalan que en el marco de la asignatura de Artes Visuales habrían realizado un documental titulado “La toma del establecimiento”, basado en aquel hecho que se produjera en el año 1985 en el colegio José Victorino Lastarria²⁶¹. Los recurrentes señalaron que dicho documental habría causado molestias a un concejal, razón por la cual fueron reprochados y posteriormente se les habría cancelado su matrícula. La recurrida señaló que el rendimiento y comportamiento de los estudiantes era

²⁶⁰ “En realidad, cuando se ayuda a una confesión religiosa lo que se está haciendo es ayudar a los ciudadanos que adhieren a ella. El destinatario de la actividad estatal es siempre la persona, a cuyo servicio se halla el Estado”. Joaquín García-Huidobro en GARCÍA-HUIDOBRO, J., MARTÍNEZ, J. y NÚÑEZ, M. (n. 176), p. 208. Lo mismo puede señalarse en el caso de Estados Unidos, que en su Primera Enmienda impide al Congreso legislar para establecer una religión oficial como para prohibir el libre ejercicio de cualquiera. En cuanto a su relación con la educación, Akhil Reed Amar ha señalado que “la importancia educacional de las asociaciones religiosas intermedias resurge en la cláusula de libre ejercicio. Porque si las iglesias establecidas estatalmente en el siglo dieciocho fueron de alguna manera similares a los colegios públicos de hoy en día, otras iglesias también jugaron el rol de educadoras [...]. Por ende la cláusula de libre ejercicio protegió no solamente el crecimiento ‘privado’ del individuo, sino que también la educación no gubernamental aunque ‘pública’ (en palabras de Tocqueville) de los ciudadanos—el real fundamento de la democracia”. AMAR (n. 43), p. 45.

²⁶¹ FM N° 523, junio 2004, pp. 1070-1076.

deficiente, además del nulo o muy bajo compromiso de sus padres y apoderados con la educación de sus pupilos. Seis de los recurrentes se encontraban en situación de condicionalidad por su indisciplina, no adecuándose su comportamiento al reglamento interno ni al “*ideario educacional de la Comuna de Providencia*”. La Corte no se pronunció sobre dichos aspectos, tan sólo lo hizo en lo referente a si se habría respetado la normativa interna vigente, lo cual fue afirmado positivamente; y respecto al reproche de arbitrariedad, ello fue soslayado atendiendo al hecho de que el Consejo de Profesores habría tomado la decisión previo análisis de los hechos. El voto de minoría calificaría el mérito de la decisión, cuestionando el régimen disciplinario interno del establecimiento:

Decretada la orden de no innovar por esta Corte, no aparece de los antecedentes allegados a la causa, quejas y/o faltas de alguna envergadura que pudiera considerarse como reiteración de mal comportamiento de los educandos. Más aún, la medida de cancelación es manifiestamente inoportuna, pues coloca a los actores –bien avanzado el año lectivo 2004– en la imposibilidad de matricularse en otro establecimiento educacional de las mismas características del que los cobijaba, lo que lleva a pensar que *una medida tan drástica no ha sido suficientemente meditada y más bien ha sido fruto de una mal entendida disciplina, por lo que este disidente considera arbitraria la cancelación de las matrículas de los actores* (considerando 1º).

Las sospechas del voto de minoría, en cuanto a la falta de proporcionalidad del apremio como standard para la afectación de los derechos de los alumnos, se acentúan al no analizar la posibilidad de que un concejal, representante de la municipalidad, se molestara con el documental de los alumnos, manifestación del ejercicio de la libertad de expresión, y que pudiera interferir en las pautas de comportamiento y en los métodos de evaluación a los que se ven sometidos los estudiantes, implicando una eventual merma en sus derechos fundamentales.

Respecto a los estudiantes de universidades estatales se ha producido un debate similar en la jurisprudencia al de *Daniel Apablaza Uribe*, especialmente durante la década de los años ochenta, marcada por las movilizaciones estudiantiles en contra del régimen militar. Existe una suerte de paradoja en la jurisprudencia por cuanto la judicatura desarrollaría un control sobre la posible arbitrariedad de las medidas disciplinarias, especialmente cuando consistieran en la expulsión de los alumnos, pero la mayoría de las veces habiendo ya descartado la amenaza, perturbación o privación de los derechos invocados en el recurso de protección. Uno de los primeros fallos relevantes, aún bajo la vigencia del Acta Constitucional N° 3 señalaría el criterio rector que seguiría la jurisprudencia posterior, consistente

en que “*las autoridades universitarias, como todas las que ejercen las facultades legales o reglamentarias que les han sido conferidas, deben sometimiento a las disposiciones constitucionales...*”, concibiendo al recurso de protección “*como una forma de control de la legalidad quebrantada por causa de actos u omisiones ilegales o arbitrarias e cualquiera autoridad o persona [...] la autonomía funcionaria en general, o universitaria en particular, está limitada por la facultad que tiene el Poder judicial de conocer de todos los asuntos del orden temporal que se susciten en el territorio de la República, salvo los expresamente exceptuados*”²⁶². En *Fernández Fernández*, aún cuando la sentencia declaró no ha lugar el recurso de protección interpuesto, reparó en la enorme discrecionalidad que el Reglamento de ética estudiantil le entregaba al Vicerrector Académico, al señalar que en él “*se observa un notorio vacío en lo referente a la forma como deben establecerse los hechos que posteriormente se calificarán, estableciéndose al efecto algún tipo de procedimiento que otorgue oportunidades de intervención y defensa a quien pueda resultar afectado por la resolución que en definitiva se dicte. Es un principio fundamental de antigua data el de que ‘nadie puede ser sancionado sin ser oído’ (considerando 13°)*”²⁶³. En el mismo considerando la

²⁶² *Rojas Bascur, Julia Rosa con Rector de la Universidad de Concepción*. En RDJ, tomo LXXVII (1980), N° 2, sección 1, pp. 109-111, considerandos 3° letra a) y 5° letra d).

²⁶³ *Lobos Sandoval, Óscar con Rector de la Universidad de Antofagasta*. En RDJ, tomo LXXX (1983), N° 2, sección 5, pp. 40-45.

Corte de Apelaciones de Santiago afirmó previamente que la resolución que aplica una sanción disciplinaria debía ser fundada, aún cuando la potestad para hacerlo contuviera elementos discrecionales²⁶⁴. Más evidente sería la idea de controlar la discrecionalidad que pudiese devenir en arbitrariedad en *Acevedo Molina, Raúl con Vicerrector Académico de la Universidad de Santiago*, en el cual dado que el recurrente lo planteó la ilegalidad de la medida de expulsión, la Corte de Apelaciones de Santiago expresamente señaló que el análisis debía circunscribirse a la arbitrariedad, y que *“sólo en el evento de tenerse por establecida la tal arbitrariedad será necesario razonar y decidir acerca de si ella es causa directa de las privaciones de que se reclama”*²⁶⁵. En *Lobos Sandoval*, en el cual el recurrente había visto rechazada su solicitud de reincorporación a la Universidad de Antofagasta, la Corte de dicha ciudad declaró que la medida, aún cuando se encontraba contemplada en los Decretos Leyes números 111 (1973) y 516 (1974) y del Decreto 009046 de 22 de septiembre de 1980 de la Vicerrectoría de Asuntos Estudiantiles de la Universidad de Chile, debía ser analizada examinando si existió *“proporcionalidad entre la resolución adoptada y los fundamentos de hecho*

²⁶⁴ Así lo ha hecho ver ALARCÓN, P. 2000. Discrecionalidad Administrativa. Un estudio de la jurisprudencia chilena. Santiago, Lexis Nexis, p. 48.

²⁶⁵ En RDJ, tomo LXXXII (1985), N° 2, segunda parte, sección 5, pp. 40-50, considerando 3°. El voto de minoría del ministro Cerda señalaría que la expulsión sería arbitraria por carecer de causa legítima, y que dicha resolución no cumpliría con el requerimiento de ser fundada por cuanto para poder realizarlo tendría que calificar los hechos, como lo exige el Reglamento de Ética Estudiantil en su artículo 17, los cuales sólo acreditarían actitudes y no actos lo que violentaría el axioma *“conforme al cual entre los hombres sólo las conductas voluntarias probadas pueden generar responsabilidad y castigo (considerando 3°, voto de minoría)”*.

que la motivaron (considerando 21°)”, concluyendo que dicha medida guardó proporción con los antecedentes que motivaron su adopción, agregando que su ejercicio implicaba cumplir con *“su deber de velar por el normal desenvolvimiento del quehacer universitario, de proteger a la comunidad estudiantil de acciones que alteren la tranquila convivencia que se necesita para lograr los propósitos de toda universidad, que son los intereses preponderantes en el ejercicio legítimo de su autoridad (considerando 24°)”*²⁶⁶. Esta misma tendencia se mantendría con posterioridad, como puede verse en el caso *Salazar Allende, Christian Alexen contra de la Universidad de Magallanes*, donde la Corte de Apelaciones de Punta Arenas declararía lo siguiente:

Que los vicios de procedimientos recién consignados llevan a estos sentenciadores a concluir que la resolución recurrida puede estimarse como arbitraria puesto que se dictó en una investigación sumaria en el que no se formularon formalmente ni notificaron los cargos en contra del recurrente, sino que éste sólo tuvo conocimiento de los cargos después de aplicada la sanción y habiendo expirado con creces el plazo para apelar, no teniendo acceso a la investigación misma, imposibilitando con ello su derecho a defensa y contraviniendo una elemental tramitación de una investigación sumaria ocasionándole un perjuicio al alumno, sin que sea justificación para ello que el reglamento general de alumnos no desarrolle en forma pormenorizada el procedimiento a seguir en lo que dice relación con los aspectos

²⁶⁶ *Fernández Fernández, Álvaro con Vicerrector Académico de la Universidad de Santiago*. En RDJ, tomo LXXX (1983), N° 2, sección 5, pp. 94-100.

anotados y que deben entenderse comprendidos dentro del concepto de la ‘previa investigación del caso’ artículo 60²⁶⁷.

Por último, en *Cáceres Cáceres, Víctor*, la Corte Suprema interpretó que se había incurrido en una errónea calificación de las conductas imputadas, y consecuentemente, del castigo que correspondía sancionar respecto de acciones que no poseían la naturaleza de faltas muy graves según la propia ordenanza, viciando de ilegitimidad la sanción misma; y esa equivocada aplicación de las disposiciones reglamentarias tornaría en arbitraria la sanción aplicada, en cuanto ella importó un castigo desproporcionado atendiendo la naturaleza y gravedad de las infracciones efectivamente reprochadas. Con ello se habrían afectado los derechos asegurados en los numerales 2° y 23° del artículo 19 de la Constitución, *“por cuanto, en primer lugar, violentó la prohibición de establecer diferencias arbitrarias que el primero de estos preceptos impone a toda autoridad en la aplicación de la ley. En segundo término, porque perturbó indebidamente el derecho del recurrente a desarrollar la carrera en que está matriculado en la Universidad Arturo Prat y que participa del amparo al derecho de propiedad que concede la segunda de esas disposiciones, atendido el amplio alcance que a esta garantía asigna*

²⁶⁷ En GJ N° 166, 1993, pp. 90-94, considerando 9°.

el inciso primero del N° 24 de la misma norma constitucional”²⁶⁸. La Corte iría incluso más allá de restablecer el imperio del derecho y de asegurar la debida protección del afectado, al sustituir las medidas disciplinarias de suspensión por cuatro semestres y de prohibición de ejercer cargos de responsabilidad estudiantil por la medida disciplinaria de suspensión por un semestre académico, en conformidad con los artículos 16 letra g) y 17 de la referida Ordenanza del Estudiante (considerando 11°).

Otro aspecto interesante de analizar, y que señalé con anterioridad, se refiere al hecho de que las potestades disciplinarias de las universidades han sido creadas principalmente por normas de jerarquía reglamentaria, y por ende, inferiores a la ley. De ello existe constancia en los fallos *Rojas Bascur*, *Fernández Fernández*, y *Acevedo Molina*, en los cuales no se hace referencia a leyes que consagren dichas potestades. En ninguno de esos casos se discutió sobre el principio de legalidad o de la garantía de reserva legal de los derechos posiblemente afectados. Ello revelaría una de las características históricas de las RSE relativa al alcance de ambas en este ámbito específico, lo cual ya ha sido tratado a lo largo de este trabajo. En cuanto a la situación específica de los estudiantes universitarios parte de la doctrina administrativista, fundada

²⁶⁸ En GJ N° 229, 1999, pp. 25-30, considerandos 8° a 10°.

en una concepción de reserva legal absoluta y teniendo a la vista la primera jurisprudencia ya comentada, se ha pronunciado rechazando esta consagración reglamentaria de la potestad disciplinaria, en los siguientes términos:

No obstante que la atribución de potestades a un órgano administrativo debe ser por ley, existen excepciones en nuestro ordenamiento jurídico sobre todo en el conjunto de normas que rigen las universidades estatales, las cuales tienen mayoritariamente rango de reglamento. Esto, a nuestro juicio, constituye una abierta inconstitucionalidad, puesto que no sólo se está dotando de potestades públicas a un órgano del Estado por reglamento (contraviniendo específicamente de este modo, el art. 60 en relación con el 62. inc. 4 N° 2 de la CP), sino que también se estaría regulando el ejercicio de los derechos de las personas por medio de actos administrativos (prohibido absolutamente por nuestra Constitución en su artículo 61.2)²⁶⁹.

²⁶⁹ Los artículos que cita corresponden actualmente a los números 63, 65 inc. 4 N° 2 (reformado por la ley 19.526 que eliminó, de los casos de iniciativa exclusiva del Presidente, la facultad crear nuevos servicios públicos o empleos rentados municipales), y 64 inc. 2. ARANCIBIA, J. 1996. Concepto de discrecionalidad administrativa en la jurisprudencia emanada del recurso de protección. *Revista de Derecho Público* (60): 113. la posición de la reserva absoluta de la ley sostiene que el reglamento no tiene cabida en la regulación de los derechos, ni aún para ejecutar la ley, por cuanto dicha regulación es propia del legislador, las limitaciones deben ser impuestas por ley, las leyes de bases no son la regla general, por lo cuál el reglamento no puede invadir la reserva legal. En contra, existe la posición de la reserva relativa de ley que concibe que el reglamento es una técnica de colaboración de la ejecución de la ley, por cuanto la Constitución estableció un dominio máximo legal, existiendo a su vez distintas reservas legales en la carta, sin olvidar la propia naturaleza del reglamento, el cuál se limita a poner en ejecución un precepto legal. CARMONA, C. 1998/1999. Tendencias del Tribunal Constitucional en la relación ley-reglamento. *Revista de Derecho Público* 61: 180-193.

En cambio, la jurisprudencia posterior sí realizaría un examen más acucioso respecto a la legalidad de las potestades disciplinarias²⁷⁰. Pero ha sido precisamente este sector de la doctrina el que ha afirmado que los alumnos universitarios se encontrarían sometidos a una relación jurídica especial, una suerte de RSE, por cuanto “el alumno al ingresar a la Universidad, a través de un *acto administrativo* de admisión –perfeccionado a

²⁷⁰ “Que el D.F.L. N° 35 de 3 de octubre de 1981 crea la Universidad de Magallanes y por el decreto con fuerza de ley N° 154 de 11 de diciembre de 1981 fija el Estatuto de dicha Universidad y de conformidad con el artículo 11 N° 3 f) se faculta al Rector para ejecutar los acuerdos de la Junta Directiva y promulgar sus ordenanzas y las decisiones que procedan y conforme a la letra i) se le faculta para dictar los reglamentos, decretos y resoluciones que le compete a su autoridad. En su título VIII denominado “De la disciplina de la Universidad” artículo 50 se dispone que: “La Junta Directiva deberá dictar ordenanzas que determinen las conductas sujetas a sanciones o multas y el carácter de las sanciones y monto de dichas multas. Una ordenanza determinará el órgano y procedimiento para aplicar sanciones disciplinarias de un funcionario o estudiante de la Universidad y las instancias a las cuales podrán apelar los afectados, que en el caso de remoción de funcionarios, expulsión de estudiantes o suspensión grave en sus estudios, será a la Junta Directiva”. Que en cumplimiento de este último objetivo se encuentra acreditado en autos que con fecha 5 de noviembre de 1992 se dictó la resolución N° 01501 suscrita por el señor Rector y Secretario de la Universidad por medio de la cual oficializa el Reglamento General de Alumnos de la Universidad de Magallanes a contar del primer semestre de 1993 y en su título XVIII se establecen los deberes de los estudiantes y de las normas de comportamiento universitario (Salazar Allende, considerando 4°)”. En similares términos el considerando 3° de Cáceres Cáceres, Víctor, donde además la recurrida había acompañado en un otrosí el dictamen N° 0123, del 19 de enero de 1999, de la Contraloría Regional, para hacerse cargo de lo expuesto por la recurrente en cuanto a la posible inconstitucionalidad e ilegalidad del Reglamento del Estudiante.

través de la matrícula–, ingresa a un *status* donde posee derechos y está sujeto a obligaciones–deberes tanto académicos como disciplinarios”²⁷¹. Así también lo hizo la judicatura en la primera jurisprudencia que versó sobre el recurso de protección, recogiendo esta categorización de *status* respecto a los estudiantes universitarios (v.g. *Lobos Sandoval* considerando 6°, *Fernández Fernández*, considerando 7°).

IV.2.5. Las Relaciones de Sujeción Especial y los Colegios Profesionales

Como señalé en la introducción, las categorías clásicas de RSE son aquellas que acabo de tratar en el marco de nuestro ordenamiento constitucional. La que trataré en este apartado, en cambio, no sólo se diferencia por su novedad en cuanto su origen data del siglo XX, sino que además la RSE de quien se encuentra afiliado a un colegio no se da con un órgano de la Administración, sino que con una agrupación de profesionales, que en el ejercicio de su derecho de asociación crean un colegio profesional.

²⁷¹ SOTO (n. 93), p. 172. Las cursivas son mías.

Sobre este tipo de instituciones ha existido históricamente discusión sobre su naturaleza jurídica. Sin entrar en los detalles históricos, que según algunos de los trabajos aquí citados podrían encontrarse en la antigua Roma, en su pasado más reciente en el derecho nacional, bajo la vigencia de la Constitución de 1925, los colegios profesionales fueron concebidos como personas jurídicas de derecho público, y más aún, como corporaciones públicas para-estatales que perseguían un fin de interés general²⁷². Dicha concepción sobre su naturaleza jurídica se produjo bajo el Estado de Compromiso, en el cual se fue construyendo *“la concepción de que el Estado debe tener una actitud protectora para todos los estratos de la sociedad, en la medida en que estén involucrados en el trabajo material o administrativo, es necesario ir creando nuevos organismos estatales o para-estatales y con ello incrementar cuantitativamente la administración pública. Es un dilema sin salida, ya que tampoco podía prescindirse de la idea, tradicional y nueva a la vez, de que el Estado es el agente del bien común”*²⁷³. Los colegios pasarían a ser una esfera dentro del Estado, lo cual explicaría que se les otorgaran privilegios y derechos respaldados por disposiciones legales, e incluso, que el mismo Estado les delegara determinadas responsabilidades de decisión y

²⁷² Así lo señala SILVA C., E. 1961. Derecho Administrativo chileno y comparado. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, pp. 333-338.

²⁷³ GÓNGORA, M. 1998. Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX. Santiago, Editorial Universitaria, p. 221.

control²⁷⁴. Una de las principales potestades es aquella de control disciplinario sobre sus asociados, los cuales, según las leyes dictadas relativas a cada entidad, estaban obligados a afiliarse o asociarse a ellos.

Dicho escenario cambiaría de golpe, aunque con un breve paréntesis constitucional. El Acta Constitucional N° 3 habría consagrado la posibilidad de que la ley exigiera la colegiación obligatoria, la cual sólo podría imponerse para el ejercicio de una profesión universitaria. Dicha Acta reflejaba los planteamientos de la Comisión Ortúzar, que habrían sido seguidos por el Consejo de Estado, pero no por la Junta Militar, la cual suprimiría el precepto que consagraba la posibilidad de obligar a los profesionales a colegiarse.

Conforme con la posición libertaria que parte de su narrativa supone, la *Constitución de 1980* rehizo el marco normativo de las asociaciones de profesionales. De alguna forma, la actitud libertaria que sustentan las elites gobernantes hacia las profesiones organizadas se parecía a la estrategia seguida por los revolucionarios franceses durante la Gran Revolución, actitud que fue graficada por la *Ley Chapelier* de 1791. Buscando una sociedad *atomizada* que se requería para una apropiada función del mercado, las asociaciones de profesionales—como entidades

²⁷⁴ GYARMATI, G. 1984. Las profesiones. Dilemas del conocimiento y del poder. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 35, cita dictámenes de la Contraloría que coinciden con lo señalado, por cuanto no sólo reconocen su naturaleza de personas jurídicas de derecho público sino que también de la obligación de acatar y cumplir sus resoluciones, incluso por las autoridades castrenses. Cita, a su vez, la jurisprudencia temprana de la Comisión Resolutiva, consagrada por el Decreto Ley 211/1973, la cual justifica la facultad de los colegios profesionales para fijar los aranceles mínimos a los cuales debían ceñirse los profesionales asociados, por ser dicha facultad un poder público que con su ejercicio se actualizaba periódicamente.

intermedias entre los individuos y el Estado—fueron privadas de su carácter obligatorio, de casi todas sus funciones autorregulatorias y de casi todas su prerrogativas²⁷⁵.

Antes de la entrada en vigencia de la Constitución, sería dictado el Decreto Ley N° 3.621 (07/02/1981) el cual otorgaría el carácter de asociaciones gremiales a todos los colegios profesionales, con lo que pasaron a regirse por la normativa pertinente a ellas, el Decreto Ley N° 2.757/1979. El Decreto Ley 3.621 terminaría con el requisito de encontrarse afiliado a un Colegio o de inscribirse en sus registros para poder ejercer una profesión u oficio; derogaría todas las disposiciones legales que los facultaban para conocer y resolver conflictos entre profesionales, con sus clientes o sobre infracciones a la ética profesional, y acabaría con la facultad de fijar aranceles de honorarios para sus asociados. *“En otras palabras, desde el punto de vista legal las organizaciones ocupacionales pasaron a ser algo similar a un club social, perdiendo su anterior carácter integrador y de exclusividad con relación a su ocupación. Esta regla ‘privatizó’ la iniciativa para crear y mantener organizaciones de carácter profesional. Resumiendo, los aspectos asociativos de las profesiones fueron dejados a la discreción de sus practicantes”*²⁷⁶.

²⁷⁵ SIERRA, L. 1995. Legal Ethics in Chile: Professional Dilemmas and Challenges under Conditions of Modernization. Inédito, p. 41. Cursivas en el original. La traducción es mía.

²⁷⁶ SIERRA (n. 275), p. 42.

Estos cambios constitucionales y legales no fueron bienvenidos por la doctrina ni por los propios colegios o, en el lenguaje que utiliza la Constitución, gremios. Incluso fueron tildados ambos cuerpos normativos como agresiones de carácter constitucional y legal²⁷⁷. El debate doctrinal ha versado sobre la posibilidad de volver a la regulación anterior de los colegios profesionales como personas jurídicas de derecho público, cumpliendo ellos una función pública por la cual se les concebía como órganos para-estatales²⁷⁸. Sobre esto no voy a tratar aquí; en cambio, sobre lo que si deseo discutir es respecto al alcance de la reforma constitucional de la ley 20.050, y si ella permite la configuración de una RSE. Ella agregó al inciso cuarto del artículo 16 el siguiente párrafo:

Los colegios profesionales constituidos en conformidad a la ley y que digan relación con tales profesiones, estarán facultados para conocer de las reclamaciones que se interpongan sobre la conducta ética de sus miembros. Contra sus resoluciones podrá apelarse ante la Corte de Apelaciones respectiva. Los profesionales no asociados serán juzgados por los tribunales especiales establecidos en la ley.

²⁷⁷ RÍOS, L. 1999. Las asociaciones, el derecho de asociación y los colegios profesionales. XXX Jornadas Chilenas de Derecho Público, Revista Universidad de Valparaíso tomo I: 141-158.

²⁷⁸ Además del artículo citado en la nota precedente, la posición mayoritaria puede apreciarse en RÍOS, L. 1996. Los colegios profesionales. Revista de Derecho Público (59):185-205; SILVA B., A. y SILVA G., M. 2005. Control del comportamiento ético de los profesionales. En: ZÚÑIGA, F. Reforma Constitucional. Santiago, Lexis Nexis, pp. 305-320. En contra puede consultarse GANDOLFO, P. 1994. ¿Licencia para informar? Estudios Públicos (53):263-288; y ANDRADE, E. 1999. Comentarios sobre la colegiación profesional obligatoria y el estatus jurídico de las asociaciones gremiales profesionales., XXX Jornadas Chilenas de Derecho Público, Revista Universidad de Valparaíso tomo I: 109-139.

Quizás no se requiera de mucho análisis para determinar que no nos encontramos ante una RSE, por cuanto la relación a la que se somete un profesional que se asocia con un determinado colegio no es una relación pública ni estatal, es similar al ingreso que puede hacer cualquier persona en una sociedad, corporación o fundación: esto es, un acto netamente privado, regido por normas de derecho privado, y donde el derecho público tan sólo aparece para el otorgamiento de personalidad jurídica a dichas asociaciones. Lo que caracterizaba a las demás RSE era precisamente ese vínculo de subordinación jerárquico y acentuado con la Administración del Estado. Si tuviesen el carácter de entes para-estatales, a los cuales todos los profesionales tuvieran que afiliarse, estaríamos en mejor pie para aceptar una RSE. Claramente la exigencia de colegiarse en forma obligatoria implica una restricción previa al ejercicio de una profesión y de los derechos fundamentales que se encuentran asociados a ella²⁷⁹. Si así fuera la situación,

²⁷⁹ Así lo entendió el juez Rodolfo Piza, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su voto concurrente en el caso *Tico/Times*: “Yo considero que la colegiación obligatoria de los periodistas constituye una restricción de esa naturaleza, cuyo específico sentido normativo es el de prevenir el ejercicio mismo de la actividad periodística, coincidente, como ya se dijo, con el de la libertad de expresión, sometiéndolo a la condición de una licencia o autorización, y, por ende, el de condicionar la propia libertad a una restricción *stricto sensu* no autorizada como tal por el artículo 13.2 de la Convención. De esta manera, creo que la colegiación obligatoria de los periodistas es, en sí misma, incompatible con la Convención, cualquiera que sea el modo como se reglamente y aunque sólo constituyera

estaríamos ante una RSE que presentaría lo que el profesor Correa ha denominado *anomalía constitucional*, consistiendo en la gestión privada de funciones públicas, aunque en este caso sería mayor dicha anomalía por cuanto fue el Estado el que *publicó* una actividad que era privada, y que nunca fue un servicio público concesionable²⁸⁰.

La anomalía, aunque en forma disminuida, persiste en cuanto la Constitución le reconoce a los colegios competencia exclusiva para conocer de las reclamaciones que se interpongan sobre la conducta ética de sus miembros, y la asimila al ejercicio de la potestad jurisdiccional; conclusión a la que se llega si se atiende al aspecto de que serán los tribunales ordinarios, y posteriormente si se crean, tribunales especiales, quienes conozcan aquellas

una formalidad asequible a cualquier persona que quisiera ejercer el periodismo, sin necesidad de ningún requisito adicional. La libertad de expresión es un derecho fundamental de todo ser humano por el solo hecho de serlo, cuyo ejercicio no puede ser restringido ni condicionado al cumplimiento de requisitos previos de ninguna naturaleza que él no pueda o no quiera cumplir”. Disponible en Estudios Públicos (53):371.

²⁸⁰ CORREA (n. 255), p. 2. Respecto a la técnica conocida como *publicatio*, ella está tradicionalmente referida a que “*toda actividad de servicio público requería una declaración del legislador previa que reservara al Estado la actividad económica. Dicha declaración se conoce en la literatura jurídica como ‘publicatio’*. Mediante ella, se traslada a la esfera pública la titularidad de una propiedad o su ejercicio o ambas cosas a la vez, y el Estado entrega a los privados su gestión, mediante una concesión. Lo anterior condujo a una identificación del servicio público y la *publicatio*.” CARMONA, C. 2000. Comentario N° 1. Fallo Norgener. Revista de Derecho Público 62:320 (308-321). También puede verse con provecho FERNÁNDEZ, T. 1999. Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy. Revista de Administración Pública (150):57-73.

infracciones a la conducta ética de los profesionales no asociados²⁸¹. Fuera del alcance procesal de la reforma, en cuanto a que frente a las conductas que pudieran contravenir la ética profesional cometidos por un colegiado, el afectado se encontraría obligado a reclamar al respectivo colegio y no más ante los tribunales de justicia, sus implicancias constitucionales podrían ser de otra índole²⁸². Lo que podría estar sucediendo es que con el reconocimiento de esta jurisdicción ética, se posibilitaría constitucionalmente que estas asociaciones gremiales llegaren a configurar el derecho vigente. *“En otras palabras, se ha desplazado el rol concretizador de la Carta, usualmente reconocido a los órganos del Estado, a cuerpos intermedios”*²⁸³. En el caso en comento habrá que tener en cuenta el posible alcance de sus respectivos códigos deontológicos en aquellos conflictos en que sean los tribunales quienes conozcan de reclamaciones sobre actuaciones de profesionales no colegiados que puedan infringir la ética profesional.

²⁸¹ Ver artículo 20 transitorio de la Constitución.

²⁸² Sobre el alcance procesal de la reforma, SILVA B. y SILVA G. (n. 278), p. 318.

²⁸³ ALDUNATE, E. 1999b. Asociaciones intermedias, Constitución, Estado y Bien Común. XXX Jornadas Chilenas de Derecho Público, Revista Universidad de Valparaíso tomo I: 104. Cita como ejemplo de esto la ley 19.638, conocida como Ley de Culto, que en su artículo 9° reconoce como fuente para adquirir la personalidad jurídica las normas jurídicas propias de cada iglesia. Otro caso que cita es el art. 54 de la Ley Indígena que reconoce a la costumbre indígena no sólo como fuente del derecho (con el límite de ser compatible con la Constitución), sino que incluso como eximente o atenuante de responsabilidad penal. Estaríamos ante un tipo de sub-derecho, diría Carbonnier, producido en la subcultura de grupos profesionales, quienes crearían un derecho degradado o por lo menos imperfecto al no ser estatal. CARBONNIER (n. 20), p. 34.

Sobre esto último, y con anterioridad a la reforma constitucional, el Decreto Ley 3.621, en su artículo 2º, señalaba que los códigos se entendían vigentes mientras el Presidente de la República no dictara nuevas reglas al respecto, en un plazo de 6 meses, lo cual nunca sucedió. Ha existido alguna jurisprudencia que se ha pronunciado al respecto. En *Berstein K., Ricardo con Albónico V., Fernando* la Corte de Apelaciones de Santiago señaló, en su considerando 4º, que al no haber hecho uso el Presidente de las facultades mencionadas dentro de dicho plazo, “*deben entenderse aplicables a los conflictos que se susciten las sanciones y las normas de ética contenidas en las leyes orgánicas de los respectivos colegios profesionales, vigentes a la fecha del Decreto Ley N° 3.621, de 1981*”²⁸⁴. Una primera lectura de esta interpretación jurisprudencial podría hacer creer que la situación entre un profesional colegiado y uno no colegiado sólo variaría en cuanto al órgano competente para juzgar su caso, lo cual podría sostenerse atendiendo a la jurisprudencia que ha extendido las garantías de un racional y justo procedimiento, así como los otros derechos fundamentales a los procesos disciplinarios de los propios colegios²⁸⁵. Pero existen fuertes argumentos para no poder aceptar dicha extensión.

²⁸⁴ En RDJ, tomo LXXXV (1988), N° 1 (enero-abril), sección 2.

²⁸⁵ Por ejemplo *Asahi Senda, Tadashi con Directorio Nacional del Colegio de Arquitectos de Chile*, y *Hidalgo Rojas, Álvaro y otros con Consejo General del Colegio Médico de Chile A.G.*, en RDJ, tomo LXXXV (1988), N° 1 (enero-abril), sección 5.

Primero, por pertenecer a la tradición jurídica europeo-continental, en Chile las decisiones judiciales tienen un efecto relativo: ellas obligan sólo a los litigantes correspondientes, no a otros jueces ni al mismo juez que juzgue otros casos. Por ende, la ausencia de *stare decisis* permite la posibilidad de que en cualquier momento los jueces decidan de otra manera. Segundo, el abogado involucrado en el caso mencionado era miembro voluntario del *Colegio de Abogados*, por lo que el código formaba parte de la normativa propia de su afiliación. Resumiendo, desde un punto de vista normativo, el alcance del código es dudoso, especialmente en relación con aquellos abogados que no son miembros del *Colegio*²⁸⁶.

Si se tiene presente lo anterior, se podrá concluir que la reforma no ha ampliado el rango de competencia de los colegios, tan sólo habría constitucionalizado lo que el Código Civil denomina derecho de policía correccional, que más que un derecho, es una potestad de ordenación de carácter privado²⁸⁷. En cambio, sí podrían dichas asociaciones gremiales ver disminuidas sus potestades privadas, y en especial, ver cuestionados sus códigos y órdenes internas, por cuanto todas sus decisiones la propia Constitución contempla la regla que otorga competencia y declara que serán apelables ante la Corte de Apelaciones competente según corresponda. Por lo

²⁸⁶ SIERRA (n. 275), p. 59. Además, se ha señalado que la jurisprudencia de protección en materia de jurisdicción doméstica ha sido no solamente variada, sino que más bien errática, existiendo fallos en los cuales se niega lugar a los recursos por considerar que no se han afectado derechos constitucionales, o por estimar que carecen de competencia para revisar las resoluciones adoptadas por las asociaciones gremiales, como a su vez se han acogido cuando al analizar la situación de hecho, las Cortes han considerado acreditada una actuación lesiva de la Constitución. FERNÁNDEZ, M. 1999. Recurso de protección y jurisdicción doméstica: un principio de solución. *Revista Chilena de Derecho* 26 (3): 761-762.

²⁸⁷ Art. 554: “*Toda corporación tiene sobre sus miembros el derecho de policía correccional que sus estatutos le confieran, y ejercerán este derecho en conformidad*”. Así lo señaló el presidente del Colegio de Arquitectos A.G. a la comisión del Senado. PFEFFER (n. 125), p. 92.

tanto, por la vía jurisdiccional, en especial por el recurso de casación en el fondo por aplicación de las reglas generales de procedimiento, podría llegarse a un único control sobre los profesionales colegiados y no colegiados²⁸⁸. Estamos aún en el plano especulativo, dada la inexistencia de la legislación que establezca los tribunales especiales en la materia. Ella debería solucionar de manera armónica el problema, sólo que este último da la impresión que no ha sido suficientemente estudiado, como puede notarse en los posibles alcances orgánicos de la reforma con el resto de los tribunales que integran la judicatura.

²⁸⁸ Es interesante anotar lo que señala ALDUNATE (n. 283): 105: “*El principio de juridicidad y su control: ¿el camino a la autoaniquilación de la autonomía? La pregunta anterior, como posibilidad de control judicial, así como la anteprecedente, respecto de las posibilidades que se le reconozcan al Estado para calificar la juridicidad de las normas internas del grupo, llevan a plantearse la pregunta de si el reconocimiento de los cuerpos intermedios y su autonomía es compatible con la ‘juridización de los mismos’.* Y esto porque, en la medida en que se juridizan y se someten a los controles estatales, se abandona el concepto de entes sociales en oposición al Estado, y se pasa a uno en los cuales el Estado pasa a intervenir. Por una parte se les reconoce generosamente autonomía hasta el punto de las propias normas; pero este regalo troyano lleva en sí la necesidad y posibilidad de control, y por esta vía, de intervención”.

V. CONCLUSIÓN

En esta tesis he analizado la categoría o institución de las RSE, desarrollada en sus inicios en Alemania, y posteriormente en España. En sus orígenes las RSE fueron uno de los temas centrales del Derecho Administrativo de tradición europeo–continental, y posteriormente serían abordadas por el Derecho Constitucional en el marco de la titularidad de los derechos fundamentales. Como señalé en el capítulo III, desde su aparición como categoría dogmática en ambas ramas del derecho público podemos encontrar partidarios y detractores de la misma. En esa oportunidad me manifesté de manera favorable a la utilización de dicha categoría por indicar una situación real que se produce en los ordenamientos jurídicos modernos, con la centralización tanto de la producción de las normas jurídicas como de la fuerza en el Estado. Situación que además se puede verificar en Chile, día a día, y que en aquellos casos que han sido considerados históricamente pertenecientes a una RSE, nuestro ordenamiento ha tratado a cada una de ellas

en forma heterogénea, como tuve la oportunidad de analizar en el capítulo IV. Sobre éstas, cabe señalar que las relativas a los funcionarios públicos, los miembros de las FF.AA. y de Orden, y los reclusos tienen cabida en nuestro ordenamiento jurídico en forma más clara, en algunos casos con una técnica constituyente que refleja una regulación de criterios y principios generales más sistematizada, como sería el caso de los miembros de las FF.AA. y de Orden, que en las otras dos, aunque imperfecta como puede verse en el caso de la prohibición de deliberar. La RSE de los estudiantes resulta una de las más difíciles de fundar en el texto constitucional por las razones que se señalaron, aunque, como se colige de la práctica jurisprudencial, en ella se producen probablemente mayores conflictos entre los derechos de los estudiantes y las potestades de los establecimientos. Respecto a los colegios profesionales, la última reforma constitucional no cambió sustancialmente la situación relativa a la libre asociación a los mismos ni de su naturaleza jurídica, por lo que no cabe hablar de una RSE.

Pero como también se pudo constatar, si atendemos al actual estado jurisprudencial, la incorporación de esta categoría en nuestro ordenamiento jurídico podría reforzar lo que hasta ahora en algunos casos han sido doctrinas contradictorias, e incluso criticables. Respecto a las primeras, en el caso de los

procedimientos disciplinarios y de remociones del cargo en los que se han visto sometidos funcionarios públicos, la jurisprudencia ha hecho prevalecer los derechos de éstos por sobre las potestades de la Administración. En cambio, en la jurisprudencia sobre deberes y delitos militares, los cuales para su determinación se ciñen a un procedimiento judicial diferente al de los demás ciudadanos, han primado las potestades jurisdiccional y administrativa por sobre los derechos y garantías de los miembros de las Fuerzas Armadas y de Orden. Lo mismo puede decirse del caso de los estudiantes, donde en materias similares concernientes al ejercicio de las potestades disciplinarias, pese a que en la mayoría de los casos la jurisprudencia conciba que su ejercicio concreto ha sido arbitrario, o dichas potestades quedan incólumes o se encuentran limitadas por los derechos fundamentales. Respecto a las segundas, esto es, las decisiones que resultan criticables, encontramos la jurisprudencia relativa a quienes se encuentran privados de libertad. Respecto al derecho a la privacidad, la decisión comentada no atendió a los requisitos que explícitamente la Constitución señala que debería cumplir la legislación para poder afectar dicho derecho fundamental, y sólo justificó dicha perturbación desde un punto de vista material, que podría considerarse correcto pero intuitivo; en el caso de las huelgas de hambre resulta cuestionable, además de lo señalado en el respectivo apartado, el transformar un derecho en

un deber por cuanto ello conlleva tornar una de las más importantes creaciones jurídicas –y conquista histórica– como son los derechos fundamentales, olvidando su carácter irreductible y moral frente al poder estatal como se colige de los artículos 5 inciso 2º y 19 número 26²⁸⁹. Esta forma de resolver el conflicto olvida que dentro de las características propias de los deberes se encuentra no sólo la posibilidad de ser exigidos en forma coactiva o coercible, sino que también la de ser eximidos de su cumplimiento, y, más relevante aún, de agravarlos²⁹⁰. Además, se prescinde en ambos casos de revisar el

²⁸⁹ Frente a la pregunta de qué entendemos por derechos humanos, Joaquín García-Huidobro responde señalando que al usar dicha expresión lo que estamos haciendo es distinguirlos “*de los derechos positivos, es decir, de aquellos derechos que tenemos porque el Estado o la comunidad nos los han asignado, normalmente a través de la ley o la costumbre. Lo dicho no significa que los derechos humanos no puedan o deban ser positivados. Desde el siglo XVIII se ha intentado hacerlo en distintos documentos, pero todos ellos recalcan la idea de que se trata de derechos innatos, cuya existencia es anterior a los documentos e incluso al Estado mismo. [...] Detrás de la idea de unos derechos humanos está el que hay ciertas cosas o atributos que corresponden a todo individuo de la especie humana, y ciertos modos de ser tratado que no son dignos de él. Así, los derechos humanos no serían más que la expresión jurídica y política de la dignidad humana, y ella –como sabemos– no se posee por lo que se haya hecho o se tenga, sino por lo que se es: hombre*”. GARCÍA-HUIDOBRO, J., MARTÍNEZ, J. y NÚÑEZ, M. (n. 176), pp. 14-15.

²⁹⁰ Así lo ha destacado Sierra: “*Si es un deber, el poder del soberano aumenta enormemente sobre los ciudadanos. Si es un derecho, en cambio, no. Ello, pues de cara a los derechos, el soberano tiene una capacidad de maniobra mucho más limitada. Tiene una facultad restringida para limitar el ejercicio de un derecho, pero nunca puede tocar su núcleo, menos ‘eximir’ de él a su titular. La Constitución chilena consagra esta intangibilidad de los derechos al cerrar el catálogo de los derechos garantizados constitucionalmente [art. 19 N° 26]. Y lo hace consagrándola a ella misma como una garantía constitucional. [...] A diferencia de los derechos, los deberes pertenecen por completo al Estado, el que puede agravarlos y manipularlos a voluntad*”. SIERRA, L. 2007. El voto como derecho: Una cuestión de principios. . En: MODERNIZACIÓN DEL régimen electoral chileno. Por Arturo Fontaine “et al” (coord.). Santiago, PNUD, CEP, LyD, Proyectamérica, CIEPLAN, pp. 167-168.

Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, norma que al menos establece los casos, excepcionales, en que se posibilitaría la restringibilidad de los derechos; situación diametralmente opuesta en el caso de los estudiantes, donde la jurisprudencia ha buscado limitar la discrecionalidad administrativa de las universidades, aunque en sus inicios fueron más bien llamados de atención a las autoridades que propiamente la efectiva cautela de los derechos de los estudiantes.

Si atendemos la legislación sectorial de cada RSE, el escenario para su introducción tampoco resulta muy favorable. Cabe señalar que mucha de la legislación comentada, comprendiendo tanto leyes como reglamentos, es previa no sólo a 1989, momento en el cual comienza a regir el articulado permanente de la Constitución dando paso a la dictación de leyes en forma democrática por parte de colegisladores representativos del pueblo como son el Congreso y el Presidente, produciéndose un escenario de desfase entre los nuevos postulados constitucionales y dicha legislación, propia de otros tiempos, sino que incluso su data es previa a la propia Carta, como sería el caso de los reglamentos de disciplina de las Fuerzas Armadas y de Orden. Para hacer frente a esta situación resulta necesaria la construcción o formulación de una dogmática general sobre los derechos fundamentales, la

cual tenga dentro una de sus funciones principales el reformular el derecho vigente, “*proponiendo precisiones para sus términos vagos, completando sus lagunas, resolviendo sus incoherencias y ajustando sus normas a determinados ideales axiológicos; de esta forma, la dogmática jurídica presta su más importante servicio a la administración de justicia*”²⁹¹. Sin embargo, la doctrina nacional dificulta muchas veces solucionar la problemática antedicha, por cuanto aún perdura una concepción de la misma anclada en el análisis de las Actas de la Comisión de Estudios, casi como si ellas fueran parte del derecho constitucional vigente. Existe aún una dogmática preocupada por conocer las posibles intenciones de los autores originales de la Constitución, resultando contraproducente si se atiende no sólo al hecho de que el texto de la actual Constitución chilena ha sufrido más reformas que ninguna otra de sus antecesoras, sino que además no debe olvidarse que en estricto rigor el verdadero poder constituyente originario estaba radicado en ese entonces en la Junta de Gobierno, y ella sólo revistió tal poder hasta el año 1989, en el cual el pueblo recuperaría por medio del plebiscito realizado el mismo año la titularidad del mismo²⁹². De allí entonces la necesidad de

²⁹¹ NINO, C. 1993. Introducción al análisis del derecho. Segunda edición. Buenos Aires, Editorial Astrea, p. 326.

²⁹² En el derecho constitucional norteamericano esto se conoce como *originalismo*. En Chile, el originalismo como criterio hermenéutico en el proceso interpretativo aún presenta un fuerte arraigo. Al respecto puede consultarse ZAPATA (n. 202), pp. 40-48 para el caso chileno, y 58-64 para la situación estadounidense; una visión global recientemente en CRISTI, R. y RUIZ-TAGLE, P. (n. 15), pp. 38-40; FUENZALIDA, P. 2005.

desarrollar una dogmática sobre los derechos fundamentales reflexiva y crítica, que evite petrificarse en las susodichas Actas.

Es justamente lo que con este trabajo espero haber cooperado, con todas las omisiones que debe tener, pero que al menos haya cumplido con presentar esta categoría y discutir su posible asidero en nuestra normativa vigente. Sobre estas posibles omisiones se podría discutir si no existen otros casos más de RSE en nuestro ordenamiento. Por ejemplo, encontramos el caso del Presidente de la República, quien ve restringida su libertad personal por el propio texto constitucional en el artículo 25, en cuanto no puede salir del territorio nacional por más de treinta días ni en los últimos noventa días de su mandato, sin acuerdo del Senado. Además, se encuentra obligado a justificar su ausencia y comunicarla a dicha cámara legislativa. Podría decirse que este sería un caso propio de la RSE de los funcionarios, si se considera al Presidente como el principal funcionario de la Administración, especialmente en un sistema de gobierno presidencialista como es el chileno. Más difícil resulta aceptar aquellos supuestos de RSE no contemplados expresamente en la Constitución. Según algunos autores, existiría una decisión constitucional implícita, que se podría desprender de otros preceptos constitucionales, en los

cuales se encuentran elementos comunes a los supuestos que sí reciben consagración expresa en el texto de la Carta Fundamental²⁹³. Pero esta posibilidad se encontraría reñida con un principio básico de teoría constitucional que ha sido planteado para nuestro derecho por Enrique Barros:

[E]l modelo de libertades básicas que desarrolla la nueva Constitución chilena supone que esa máxima se transforme en principio que recorra la actividad educacional, cultural, económica y social. En el fondo, supone que no sean las libertades y garantías las que hay que fundamentar jurídicamente, sino, precisamente y en forma muy cuidadosa, las excepciones. Ese solo avance metódico sería un paso enorme hacia un régimen constitucional efectivo²⁹⁴.

Entonces, en estos posibles casos implícitos debieran recaer parámetros y escrutinios más exigentes para poder aceptarlos conformes con la Constitución. Un ejemplo conflictivo de lo que acabo de señalar, donde podrían encontrarse características similares a las RSE, sería el de los miembros de la judicatura. Dentro de sus deberes especiales podemos encontrar la obligación de residencia consagrada en el artículo 311° del Código Orgánico de Tribunales, el cual obliga a los jueces a residir en la ciudad o población donde tenga asiento el tribunal en el que es competente para ejercer su labor jurisdiccional. Ella ha sido cuestionada por encontrarse

²⁹³ TEORÍA (n. 2), p. 98.

²⁹⁴ BARROS, E. 1981. La interpretación de la Constitución desde la perspectiva de la Teoría del Derecho. Revista de Derecho Público (29-30):33.

reñida con la libertad de residencia, *“porque los jueces ya no pueden escoger en donde residir, como la Constitución se los garantiza, sin que la limitación encuentre apoyo en dejar a salvo el perjuicio de terceros. En consecuencia, la disposición es inconstitucional”*²⁹⁵.

Finalmente me referiré al motivo que he tenido para abordar esta problemática constitucional. Al parecer el discurso de la dogmática sobre las Relaciones de Sujeción Especial indicaría que ellas tan sólo existen para limitar los derechos de las personas en pos de sus funciones o fines; el énfasis ha estado ahí. Pero al identificar las bases constitucionales que restringen directamente o al menos permiten su posible restringibilidad, el objetivo que he buscado es precisamente el contrario. Desde el punto de vista del Derecho Administrativo ello cobra mayor relevancia si se atiende a la finalidad inherente que caracteriza a dicha disciplina, cuál es la conciliación del interés general con el interés particular. Esta rama del Derecho suministra a los poderes públicos los instrumentos necesarios para dar satisfacción a las finalidades de interés general, aquellas que la colectividad necesita y reclama, pero también establece los límites que permitirán conciliar dicho interés general con el interés particular de los ciudadanos aisladamente

²⁹⁵ GUZMÁN (n. 108), p. 227.

considerados²⁹⁶. En otras palabras, por esta vía lo que he intentado realizar es descartar otras hipótesis de restricción o restringibilidad de los derechos fundamentales que no se encuentren justificadas en nuestro ordenamiento constitucional y, por ende, dejar en mejor pie aquél ideal fundante que se encuentra en los orígenes del Derecho Constitucional, que es la libertad.

²⁹⁶ Esto ha sido enfatizado recientemente por Oriol Mir, de quien transcribo el siguiente párrafo por su relevancia para el Derecho Público en general: “[L]a Constitución no sólo impone toda esta batería de limitaciones a la Administración–aparato, sino que *impide* que las mismas sean extendidas en bloque a los particulares por el legislador ordinario. En efecto, muchas de las limitaciones examinadas chocan frontalmente con algunos de los derechos y libertades reconocidos a los particulares en el Título primero de la propia Constitución. Piénsese, por ejemplo, en el principio de legalidad –entendido como vinculación positiva–: afirmar que los particulares sólo podrán hacer aquello que la Ley les permita expresamente chocaría, por de pronto, con el principio de libre desarrollo de la personalidad [...]. Exigir, a su vez, que los particulares sólo pudieran perseguir con su actuación el interés general contradiría flagrantemente libertades fundamentales como la libertad de empresa [...] (que legitima y se basa en el ánimo de lucro, el paradigma del interés particular). Extender a los particulares el principio de transparencia vulneraría el derecho fundamental a la intimidad [...]. Y así sucesivamente. En general, el carácter servicial, puramente instrumental que la Constitución impone a la Administración–aparato (y que justifica su misma existencia y los miles de millones de euros que cuesta a los contribuyentes) no podría ser predicado de los particulares sin subvertir completamente el Estado de Derecho y de libertades diseñado por la propia Constitución”. MIR (n. 62): 80. En nuestro país, en similares términos se pronuncia Aldunate, cuando afirma “*que del artículo 6 inc. 2º CPR se desprende una sujeción integral de las personas a la Constitución, pero con un muy restringido efecto limitativo de la libertad individual. La misma Carta establece preceptos sobre responsabilidad en casos muy específicos. En todos los demás casos, el art. 6º inc. 2º CPR sólo implica un deber de sujeción de la persona a la Constitución en los ámbitos que la propia Constitución determine (ej.: normas de competencias, vinculatoriedad de la ley, normas de habilitación para la limitación de derechos fundamentales, etc.). Aplicado al art. 19, significa que el individuo sigue estando en posesión de su libertad general y, para el caso de chocar con alguna libertad o derecho de otro, el tema debe resolverse por los límites impuestos por el ordenamiento jurídico, no como protección a los derechos fundamentales, sino como preceptos de los respectivos ámbitos reguladores de las controversias entre los particulares (derecho civil, comercial, etc.)*”. ALDUNATE (n. 255), p. 34.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ACCATINO, D. 2006. La interpretación de los derechos fundamentales y la seguridad jurídica. Una mirada a la práctica constitucional chilena. En: BORDALÍ, A. (coord.) Justicia Constitucional y derechos fundamentales. Santiago, Lexis Nexis, pp. 17-29.

ALARCÓN, P. 2000. Discrecionalidad Administrativa. Un estudio de la jurisprudencia chilena. Santiago, Lexis Nexis.

ALDUNATE, E. 1999a. La protección al acecho: Las consecuencias del abandono de las reglas de interpretación constitucional en el ámbito del recurso de protección. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* (XX): 225-242.

ALDUNATE, E. 1999b. Asociaciones intermedias, Constitución, Estado y Bien Común. XXX Jornadas Chilenas de Derecho Público, *Revista Universidad de Valparaíso* tomo I: 101-107

ALDUNATE, E. 2001. La desconstitucionalización de la Constitución. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* (XXI): 17-36.

ALDUNATE, E. 2003a. La titularidad de los derechos fundamentales. *Estudios Constitucionales* (1): 187-201

ALDUNATE, E. 2003b. El efecto de irradiación de los derechos fundamentales. En FERRADA, J. C. (coord.). La constitucionalización del derecho chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 13-38

ALDUNATE, E. 2005a. La colisión de derechos fundamentales. *Derecho y Humanidades* (11): 69-78.

ALDUNATE, E. 2005b. El fin de la transición hacia una Constitución de poca importancia. Visión crítica de la reforma de la ley N° 20.050. En: ZÚÑIGA (coord.) Reforma Constitucional. Santiago, Lexis Nexis, pp. 67-79.

ALDUNATE, E. 2006. El derecho esencial a contraer matrimonio. En: VIDAL, A. (coord.) El nuevo derecho chileno del matrimonio. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 39-48.

ALEXY, R. 1997. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

ÁLVAREZ, E. 1996. Curso de Derecho Constitucional. Vol. 1. Segunda edición. Madrid, Tecnos.

AMAR, A. R. 1998. The Bill of Rights. New Haven, Yale University Press

AMUNÁTEGUI, G. 1956. Principios generales de Derecho Constitucional. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

ANDRADE, E. 1999. Comentarios sobre la colegiación profesional obligatoria y el estatus jurídico de las asociaciones gremiales profesionales. XXX Jornadas Chilenas de Derecho Público, Revista Universidad de Valparaíso tomo I: 109-139.

ARANCIBIA, J. 1996. Concepto de discrecionalidad administrativa en la jurisprudencia emanada del recurso de protección. Revista de Derecho Público (60): 99-124.

ARENDET, H. 2006. Las perplejidades de los Derechos del Hombre. Estudios Públicos (102): 284-299.

ATRIA, F. 2005. El derecho y la contingencia de lo político. Derecho y Humanidades (11): 19-39.

ATRIA, R. 2005. Diversidad, regulación y Universidad pública. Revista de Sociología (19): 71-85.

AVILÉS, V. 2001. Orden público económico. Noción crítica. Revista de Derecho Público Tomo I 63:329-338.

BARROS, E. 1981. La interpretación de la Constitución desde la perspectiva de la Teoría del Derecho. Revista de Derecho Público (29-30):25-33.

BARROS, E. 2004. Relación jurídica y derechos subjetivos. Santiago, Facultad de Derecho Universidad de Chile.

BASCUÑÁN, A. 2003a. Derechos fundamentales y derecho penal. En: AA.VV. Los derechos fundamentales. Buenos Aires, Editores del Puerto, pp. 319-342.

BASCUÑÁN, A. 2003b. Introducción a la regulación penal de los atentados contra la vida humana. Materiales de clase del curso de Derecho Penal III (parte especial). Santiago, Facultad de Derecho Universidad de Chile.

BASCUÑÁN, A. La diferencia necesaria. 2004. El Mercurio, Santiago, Chile, 16 ene., A-2

BERNASCHINA, M. 1958. Manual de Derecho Constitucional. Tercera edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile

BERTELSEN, R. 1987. Tendencias en el reconocimiento y protección constitucional de los derechos en Chile. Revista Chilena de Derecho 14:49-58.

BERTELSEN, R. 2005. Consejo de Seguridad Nacional. En: ZÚÑIGA, F. Reforma Constitucional. Santiago, Lexis Nexis, pp. 729-740.

BÖCKENFÖRDE, E. W. 1993. Escritos sobre Derechos Fundamentales. Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft

BÖCKENFÖRDE, E. W. 2000. Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia. Madrid, Trotta.

BORDALÍ, A. 2006. La tutela de los derechos fundamentales bajo un sistema dual de Justicia Constitucional. En: Justicia Constitucional y derechos fundamentales. Santiago, Lexis Nexis, pp. 33-65.

BRENA, I. 2002. Protección constitucional a la infancia. En: CARBONELL, M. (coord.). Derechos fundamentales y Estado. México D.F., IIJ-UNAM, pp. 107-118.

CARBONNIER, J. 1974. Derecho Flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho. Madrid, Tecnos.

CARMONA, C. 1998/1999. Tendencias del Tribunal Constitucional en la relación ley-reglamento. Revista de Derecho Público 61: 180-193.

CARMONA, C. 2000. Comentario N° 1. Fallo Norgener. Revista de Derecho Público 62:308-321.

CARMONA, C. 2001. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas. EN FUNDACIÓN FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DE CHILE. Los tratados internacionales en la jurisprudencia constitucional. Santiago, Universidad de Chile, pp. 65-157.

CARMONA, Carlos. 2002. Un nuevo estadio en la relación Ley-Reglamento: el ámbito del reglamento. Revista de Derecho Público Tomo II 63:154-190.

CARMONA, C. 2004. El principio de control. 1. La dimensión activa. Materiales de clase, Facultad de Derecho Universidad de Chile

CARMONA, C. 2005. El contencioso-administrativo entre 1990 y 2003. En FERRADA, J. C. (coord.). La justicia administrativa. Santiago, Lexis Nexis, pp. 183-240

CARRASCO, M. 1874. Comentarios sobre la Constitución Política de 1833. Segunda edición. Santiago, Imprenta de la librería del Mercurio.

CASTILLO, F. y ILDEFONSO, R. 2002. La renovación de la dogmática del derecho disciplinario: a propósito de las infracciones y sanciones en el personal estatutario de la seguridad social. Revista de Administración Pública (158):7-49.

CEA, J. 1988. Tratado de la Constitución de 1980. Santiago, Editorial Jurídica de Chile

CORDERO, E. 2005. La legitimación activa en el proceso contencioso-administrativo. En FERRADA, J. C. (coord.). La justicia administrativa. Santiago, Lexis Nexis, pp. 383-416.

CORDERO, L. 2002. Las particulares como sujetos de derecho en el Derecho Administrativo. Bases para una sistematización. Revista de Derecho Público 64:213-236.

CORREA, R. 2004a. Tribunal Constitucional. Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez (I): 481-550.

CORREA, R. 2004b. Derechos Constitucionales. Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez (I): 563-587.

CORREA, R. 2004c. En defensa de una aplicación exclusivamente vertical de los derechos constitucionales. En: VI CONGRESO MUNDIAL de Derecho Constitucional: 13 de enero de 2004. Santiago, Chile.

CORREA, R. 2006. Sobre la Libertad de Enseñanza y Derecho a la Educación. [en línea]<http://www.uai.cl/fset/index_temp.html?url=/p4_home/site/pags/20060602132421.html> [consulta 28 de julio 2006].

COSTA, P. 2004. Derechos. En FIOVARANTI, M. (Ed.). El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho. Madrid, Trotta, pp. 45-64

CRISTI, R. 2000. El pensamiento político de Jaime Guzmán. Autoridad y libertad. Santiago, LOM

CRISTI, R. y RUIZ-TAGLE, P. 2006. La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo Republicano. Santiago, LOM

CRUZ V., P. 1989. Formación y evolución de los derechos fundamentales. Revista Española de Derecho Constitucional (25):35-62.

DÍAZ, Z. 2004. El menor maduro en el siglo XXI. Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico 73 (4):1071-1094

DICEY, A. V. 2005. Introduction to the study of the law of the Constitution. Edición facsimilar de Elibron Classics, réplica de la sexta edición de 1902, Londres, Macmillan and Co., Limited.

DIEZ-PICAZO, L. M. 2003. Sistema de derechos fundamentales. Madrid, Thomson/Civitas.

DIVISIÓN JURÍDICO-LEGISLATIVA MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA. 2000. Doctrina Constitucional del Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle. Tomo I. Santiago, SECC.

EVANS. E. 2004. Los derechos constitucionales. Tomos I, II y III. Tercera edición actualizada por Eugenio Evans. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

FERNANDOIS, A. 2001. Derecho Constitucional Económico. Santiago, Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile, Tomo I

FERNÁNDEZ, M. 1999. Recurso de protección y jurisdicción doméstica: un principio de solución. Revista Chilena de Derecho 26 (3): 761-781.

FERNÁNDEZ, T. 1999. Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy. Revista de Administración Pública (150): 57-73.

FERRADA, J. C. 2000. La constitución económica de 1980. Algunas reflexiones críticas. Revista de Derecho Universidad Austral XI: 47-53.

FERRADA, J.C. 2003a. Los órganos reguladores de actividades económicas relevantes en Chile: Una visión panorámica. Revista Chilena de Derecho 30 (2): 271-286.

FERRADA, J. C. 2003b. La progresiva constitucionalización del poder público administrativo chileno: un análisis jurisprudencial. En: La constitucionalización del derecho chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 63-98.

FERRADA, J. C. 2005a. El control constitucional de los poderes públicos en el ordenamiento jurídico chileno y el rol de los derechos fundamentales como parámetro de control. *Derecho y Humanidades* (11): 41-57.

FERRADA, J. C. 2005b. El recurso de protección como mecanismo de control contencioso administrativo. *En*: *La Justicia Administrativa*. Santiago, Lexis Nexis, pp. 129-164.

FIGUEROA, M. 2005. Educación pública: ¿uno de los fines del Estado liberal y condición de existencia de la democracia? *En*: AA.VV. *Los límites de la democracia*. Buenos Aires, Editores del Puerto, pp. 59-82.

FORSTHOFF, E. 1975. *El Estado de la sociedad industrial*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos.

FUENZALIDA, P. 2005. Poder Constituyente e interpretación constitucional: originalismo v/s funcionalismo. *Revista Derecho y Humanidades* (11):295-310.

GALLEGO, A. 1961. Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la Administración. *Revista de Administración Pública* (34):11-51

GANDOLFO, P. 1994. ¿Licencia para informar? *Estudios Públicos* (53):263-288

GARCÍA-HUIDOBRO, J., MARTÍNEZ, J. y NÚÑEZ, M. 1997. *Lecciones de derechos humanos*. Valparaíso, Edeval

GARCÍA M., R. 1989. En torno a las garantías de los Derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones de especial sujeción. *Revista Española de Derecho Administrativo* (64):521-532.

GARCÍA M., R., 1992. *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*. Madrid, Editorial Tecnos.

GARCÍA, G. 2004. La Reserva Legal de Derechos Constitucionales: ¿Poder Legislativo contra la Administración? *Colección de Investigaciones Jurídicas Universidad Alberto Hurtado* (5)

GODOY, Ó. 1996. ¿Pueden las Fuerzas Armadas ser garantes de la democracia? *Estudios Públicos* (61): 269-307.

GÓNGORA, M. 1998. *Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX*. Santiago, Editorial Universitaria.

GOYARD-FABRE, S. 1994. Los derechos del hombre: orígenes y prospectiva. *En* SAUCA, J. (Ed.). *Problemas actuales de los derechos fundamentales*. Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, pp. 23-50.

GUZMÁN, A. 2001. *El derecho privado constitucional de Chile*. Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso.

GUZMÁN, A. 2006 *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo*. Segunda edición actualizada. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

GYARMATI, G. 1984. *Las profesiones. Dilemas del conocimiento y del poder*. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile.

- HELLER, H. 1998. Teoría del Estado. México D.F., Fondo de Cultura Económica
- HESSE, C. 2001. Significado de los derechos fundamentales. En: MANUAL de Derecho Constitucional. Por Ernst Benda "et al". 2a. ed. en castellano. Madrid, Barcelona, Marcial Pons, pp. 83-115.
- HUME, D. 1998. Selección de escritos políticos de David Hume. Estudios Públicos (71): 359-417.
- JANA, A. 2003. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. En: AA.VV. Los derechos fundamentales. Buenos Aires, Editores del Puerto, pp. 53-70
- JIJENA, R. Hamlet y correos electrónicos. 2002. El Mercurio, Santiago, Chile, 29 jun., A-2
- LASAGABASTER, I. 1991. Derechos fundamentales y personas jurídicas de derecho público. En: AA.VV. Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Madrid, Civitas, Tomo II, pp. 651-674.
- LASAGABASTER, I. 1994. Las relaciones de sujeción especial. Madrid, Civitas
- LLORENTE, F. 1995. Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial). Barcelona, Ariel.
- LÓPEZ, J. 1999. El derecho a la privacidad y la necesidad de hacer cumplir la ley penal en Chile. En AA.VV. Derecho a la privacidad. Buenos Aires, Editores del Puerto, 203-222.
- LOVEMAN, B. y LIRA, E. 2000. Las acusaciones constitucionales en Chile. Una perspectiva histórica. Santiago, LOM
- MANNORI, L. y SORDI, B. 2004. Justicia y Administración. En FIOVARANTI, M. (Ed.). El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho. Madrid, Trotta, pp. 65-102
- MARTÍNEZ, J. 1998. Los particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales: la doctrina del efecto horizontal de los derechos. Actas de las XXIX Jornadas de Derecho Público, Revista Chilena de Derecho (especial):59-64
- MASHAW, J. 1997. Greed, Chaos, and Governance. Using Public Choice to improve Public Law. New Haven, Yale University Press.
- MAYER, O. 1982. Derecho Administrativo alemán. 2a. ed. inalterada. Buenos Aires, Depalma, Vol. 1.
- MERKL, A. 1935. Teoría general del Derecho Administrativo. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado
- MIR, O. 2003. El concepto de derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional. Revista de Administración Pública (162): 47-87.
- MOLINA, H. 2006. Derecho Constitucional. Sexta edición. Santiago, Lexis Nexis

MONTT, L. 1983. Principios de derecho económico. El orden público económico y la Constitución. Revista de Derecho Económico (60-61):

MONTT, S. 2005. Codificación y futuro de la educación jurídica en Chile: El caso irremediable, pero liberalizador del Derecho Administrativo. En MARTINIC, M. D. Y TAPIA, M. (Eds.). Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación. Tomo I. Santiago, Lexis Nexis, pp. 249-291.

NASH, C. 2005. Reseña de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004) Relevante para los Derechos Humanos en Chile. Anuario de Derecho Humanos 2005: 61-74.

NINO, C. 1993. Introducción al análisis del derecho. Segunda edición. Buenos Aires, Editorial Astrea

NOGUEIRA, H. 1997. Dogmática Constitucional. Talca, Universidad de Talca

NÚÑEZ, M. 2001. Titularidad y sujetos pasivos de los derechos fundamentales. XXXI Jornadas chilenas de derecho público. Revista de Derecho Público Tomo I 63:200-208.

PAÚL, A. 1999. Política y Fuerzas Armadas. Características y misiones constitucionales de las FF.AA. La Serena, Imprenta Joo

PEÑA, C. 2004. Un asceta inconsistente. [en línea] <http://weblogs.udp.cl/base.php?pagina=show&show=articulo&idArticulo=59&usuario=cpena&idSeccion=159> [consulta 29 de diciembre de 2006]

PEÑA, C. 2007. La provisión educativa en Chile: requisitos y financiamiento. En: BRUNNER, J. y PEÑA, C. (Coordinadores). La reforma al sistema escolar: aportes para el debate. Santiago, UDP/UAI, pp. 23-52.

PFEFFER, E. 2005. Reformas Constitucionales 2005. Antecedentes-Debates-Informes. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

PFEFFER, E. y EVANS, E. 2005. Reforma Constitucional 2005. Derechos y garantías constitucionales. En: ZÚÑIGA (coord.) Reforma Constitucional. Santiago, Lexis Nexis, pp. 321-343.

PIERRY, P. 2005. Nulidad de derecho público. En FERRADA, J. C. (coord.). La justicia administrativa. Santiago, Lexis Nexis, pp. 165-182.

RAMÍREZ, J. 2005. Principio de probidad y transparencia en el ejercicio de las funciones públicas: alcances de la nueva Constitución de 2005. En: ZÚÑIGA (coord.) Reforma Constitucional. Santiago, Lexis Nexis, pp. 237-244.

RÍOS, L. 1996. Los colegios profesionales. Revista de Derecho Público (59):185-205

RÍOS, L. 1999. Las asociaciones, el derecho de asociación y los colegios profesionales. XXX Jornadas Chilenas de Derecho Público, Revista Universidad de Valparaíso tomo I: 141-158.

RUIZ-TAGLE, P. 2000a. Principios Constitucionales del Estado Empresario. Revista de Derecho Público 62: 48-65.

RUIZ-TAGLE, P. 2000b. Apuntes sobre la igualdad en Chile. En: AA.VV. Derecho a la igualdad. Buenos Aires, Editores del Puerto, pp. 19-48.

RUIZ-TAGLE, P. 2001. Una dogmática general para los derechos fundamentales en Chile. Revista de Derecho Público Tomo I 63:179-199.

RUIZ-TAGLE, P. 2002. Funciones sociales relacionadas con el derecho. En: Derecho, justicia y libertad. México D.F., Distribuciones Fontamara, pp. 15-40.

RUIZ-TAGLE, P. 2003. Comentario a la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema chilena durante el año 2001. Revista de Estudios de la Justicia (3):67-85.

RUIZ-TAGLE, P. 2006a. Una visión democrática y liberal de los derechos fundamentales para la Constitución chilena del Bicentenario. En: BORDALÍ, A. (coord.) Justicia Constitucional y derechos fundamentales. Santiago, Lexis Nexis, pp. 69-128.

RUIZ-TAGLE, P. 2006b. Los Derechos Fundamentales ante la Reforma del Año 2005. Revista de Derecho Público 68: 37-54.

SAENGER, F. y BRUNA, G. 2006. Inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Jurisprudencia 1980-2005. Santiago, Editorial Jurídica

SANTAMARÍA P., J. 2002. Principios de Derecho Administrativo. Cuarta edición. Madrid, Ediciones Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Volumen I.

SCHMITT, C. 1992. Teoría de la Constitución. Madrid, Alianza

SEPÚLVEDA, E. 2004. El ordenamiento jurídico penitenciario chileno: sus reformas más urgentes. En: AA.VV. Estado de Derecho y Reformas a la Justicia. Santiago, Heidelberg Center Para América Latina, pp.

SERRANO, S. 1990. La Revolución Francesa y la formación del sistema nacional de educación en Chile En: KREBS, R. y GAZMURI, C. (eds.). La Revolución Francesa y Chile. Santiago, Universitaria, pp. 247-275.

SIERRA, L. 1995. Legal Ethics in Chile: Professional Dilemmas and Challenges under Conditions of Modernization. Inédito

SIERRA, L., 2003. Cuotas obligatorias de alumnos 'vulnerables' en la educación subvencionada: Defectos constitucionales. Puntos de Referencia (266)

SIERRA, L. 2007. El voto como derecho: Una cuestión de principios. . En: MODERNIZACIÓN DEL régimen electoral chileno. Por Arturo Fontaine "et al" (coord.). Santiago, PNUD, CEP, LyD, Proyectamérica, CIEPLAN, pp. 157-181.

SILVA C., E. 1961. Derecho Administrativo chileno y comparado. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II

SILVA C., E. 1992. Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Introducción y fuentes. 4ª Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

SILVA B., A. 2003. Tratado de Derecho Constitucional. Segunda edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomo IX

SILVA B., A. 2006. Tratado de Derecho Constitucional, De los derechos y deberes constitucionales. Tomo XI. Santiago, Editorial Jurídica de Chile

SILVA B., A. y SILVA G., M. 2005. Control del comportamiento ético de los profesionales. En: ZÚÑIGA Reforma Constitucional. Santiago, Lexis Nexis, pp. 305-320.

SIMPOSIO: REFORMAS del año 2005 a la Constitución de la República de Chile. 2006. Por José Luis Cea “et al”. Anuario de Derecho Humanos 2006: 73-106

SOTO, E. 1982. El recurso de protección: orígenes, doctrina y jurisprudencia. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

SOTO, E. 1984. Derecho a la vida y recurso de protección. RDJ LXXXI (1):55-68.

STEIN, E. 1973. Derecho Político. Madrid, Aguilar S.A.

TEORÍA GENERAL de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978. 2004. Por Ángel Villaverde “et al”. Madrid, Tecnos.

THOMPSON, J. 2003. La transformación de la visibilidad. Estudios Públicos (90): 273-296.

TROPER, M. 1999. La máquina y la norma. Dos modelos de Constitución. Doxa (22): 330-347

VERDUGO, M., NOGUEIRA, H. y PFEFFER, E. 1999. Derecho Constitucional. Tomos I y II. Segunda edición actualizada. Santiago, Editorial Jurídica de Chile

VERDUGO, M. 2005. Notas a la reforma constitucional en lo que atañe a las Fuerzas Armadas y Consejo de Seguridad Nacional. En: ZÚÑIGA Reforma Constitucional. Santiago, Lexis Nexis, pp. 699-709.

VERGARA, A. 1991-1992. La propietarización de los derechos. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso (XIV): 281-291

VIVANCO, Á. Honra e información: se reedita el conflicto. 2003. El Mercurio, Santiago, Chile, 24 dic., A-2.

ZAPATA, P. 2002. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Parte general. Santiago, Biblioteca Americana.

ZAPATA, P. 2005. La administración ante la Constitución y la jurisprudencia. En PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE. Actas XXXIV Jornadas de Derecho Público. Santiago, Lexis Nexis, pp. 573-583.

ZÚÑIGA, F. 2005. Derechos fundamentales y recurso de protección en la reforma constitucional. En: Reforma Constitucional. Santiago, Lexis Nexis, pp. 345-366.