



Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

N.º 21
OCTUBRE DE 2022

Derecho Público Iberoamericano
Revista del Centro de Justicia Constitucional
Facultad de Derecho. Universidad del Desarrollo

DIRECTOR

Dr. Julio Alvear Téllez

SUBDIRECTOR

Dr. Eduardo Andrades Rivas

SECRETARIA DE REDACCIÓN

Dra. Vanessa Cisterna Rojas

COORDINADOR

Mg. Gaspar Jenkins Peña y Lillo

CONSEJO CIENTÍFICO

Derecho Público Iberoamericano

es una publicación semestral que se edita en abril y octubre de cada año.
Los trabajos científicos son sometidos al proceso de arbitraje ciego externo.

| | |
|--|--|
| Prof. Dr. Danilo Castellano Università di Udine (Italia) | Prof. Dr. Santiago Legarre Universidad Católica de Argentina (Argentina) |
| Prof. Dr. Gilles Dumont Université de Nantes (Francia) | Prof. Dr. Agustín Squella Narducci Universidad de Valparaíso (Chile) |
| Prof. Dra. Consuelo Martínez-Sicluna Universidad Complutense de Madrid (España) | Prof. Dr. Javier Couso Universidad Diego Portales (Chile) |
| Prof. Dr. Miguel Ayuso Universidad Pontificia de Comillas (España) | Prof. Dr. José Ignacio Martínez Universidad de Los Andes (Chile) |
| Prof. Dr. Carlos Pereira Menaut Universidad de Santiago de Compostela (España) | Prof. Dr. José Manuel Díaz de Valdés Universidad del Desarrollo (Chile) |
| Prof. Dr. Santiago Sánchez González Universidad Nacional de Educación a Distancia (España) | Prof. Dr. Carlos Salinas Araneda Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile) |
| Prof. Dra. Myriam Hoyos Castañeda Universidad de la Sabana (Colombia) | |

REPRESENTANTE LEGAL

Sr. Federico Valdés Lafontaine

VERSIÓN IMPRESA: ISSN 0719-2959

VERSIÓN ONLINE: ISSN 0719-5354

Índices y bases de datos internacionales: Latindex (Catálogo) – VLex – Dialnet

Ediciones de la Universidad del Desarrollo
Avenida La Plaza 680, San Carlos de Apoquindo, Las Condes. Santiago de Chile
Teléfono: (56 2) 2327 9110 - Correo electrónico: rdpi@udd.cl

DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

AÑO XI • N.º 21 • OCTUBRE DE 2022

ISSN 0719-2959

PRESENTACIÓN

7

ESTUDIOS

TEORÍA POLÍTICA

Iván Aróstica Maldonado

La rebelión de los nuevos shudras

13

DERECHOS FUNDAMENTALES

Andrea Rosario Íñiguez Manso

¿Quién decide?: el fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos
dictado en el caso rol 595 US (2022)

National Federation of Independent Bussiness v. Ohio contra OSHA

45

L. Alberto Huamán Ordóñez

Vacunación obligatoria frente a la COVID-19 en el Perú,
legitimación democrática y limitación de derechos fundamentales

63

INSTITUCIONES POLÍTICAS

Sergio Cea Cienfuegos - Claudio Herrera Aguayo

Las Fuerzas Armadas en la propuesta de Constitución Política para Chile

81

Rodrigo Céspedes Proto

Sucesión de Estados y la Guerra del Pacífico

121



Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Cristian Román Cordero

El principio de inderogabilidad singular de los reglamentos
(Comentario sobre la sentencia de la Corte Suprema rol. n.º 143.849-2020)

143

RECENSIONES

Juan Fernando Segovia

El tiempo de la revuelta de Donatella Di Cesare

173

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

179

PRESENTACIÓN

Derecho Público Iberoamericano presenta su vigésimo primer número. En esta oportunidad, hemos recibido colaboraciones de especialistas de Alemania, Argentina, Perú y Chile.

Distribuimos los estudios científicos en tres áreas:

- “Teoría política”,
- “Derechos fundamentales”
- “Instituciones políticas”.

En el área de “Teoría política”, presentamos una investigación del ex-presidente del Tribunal Constitucional Iván Aróstica, que lleva el sugerente título de “La rebelión de los nuevos sudras”. Sostiene que por sobre una lucha de clases en el campo material del “tener”, transcurre actualmente el envite protagonizado por un inédito conglomerado de sujetos revolucionarios, reemplazantes del proletariado, tendente a imponer a la comunidad política un nuevo modo de “ser”, anulatorio del imaginario colectivo basado en la cosmovisión greco-cristiana que aún, exangüe, late en la sociedad.

En el ámbito de los “Derechos fundamentales”, ofrecemos dos trabajos sobre medidas tomadas por algunos Estados en razón del COVID. En primer lugar, el escrito de la doctora Andrea Íñiguez en torno a la sentencia de la Suprema Corte de Estados Unidos (causa rol 595 US (2022), que dejó sin efecto el mandato de vacunación dictado por la Occupational Safety and Health Administration (OSHA). En segundo lugar, publicamos el artículo del profesor peruano Alberto Huamán sobre el problema de la vacunación obligatoria en el Perú.

Finalmente, dedicamos una última sección a las “Instituciones políticas”. En primer lugar, el análisis que Sergio Cea y Claudio Herrera dedican al estatuto de las Fuerzas Armadas en la propuesta de nueva Constitución, felizmente rechazada por el pueblo de Chile en el plebiscito constitucional del 4 de septiembre de 2022. Cerramos con el estudio que ofrece el doctor Rodrigo Céspedes sobre la institución denominada “sucesión de Estados”, en el contexto de la Guerra del Pacífico.

En la sección “Comentarios de jurisprudencia”, publicamos un acucioso examen de Cristián Román sobre el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, a propósito de la sentencia de la Corte Suprema rol. n.º 143.849-2020.

Finalmente, en las “Recensiones” presentamos una enjundiosa crítica del doctor Juan Fernando Segovia al libro *El tiempo de la revuelta* de Donatella Di Cesare.

Dr. Julio Alvear Téllez
Director

Estudios

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N.º 21 | 2022

Teoría política

LA REBELIÓN DE LOS NUEVOS SHUDRAS*

THE NEW SHUDRAS'S REBELLION

*Iván Aróstica Maldonado***

"En toda gran revolución de los asuntos europeos, primero aparece un cambio espiritual; después, y originado por éste, surge un cambio en la filosofía social y en consecuencia en las disposiciones de orden político; por último aparece el cambio económico como resultado de la nueva estructura política.

Hilarie BELLOC, *La crisis de nuestra civilización****

Resumen

Por sobre una lucha de clases en el campo material del "tener", transcurre actualmente el envite protagonizado por un inédito conglomerado de sujetos revolucionarios, reemplazantes del proletariado, tendente a imponer a la comunidad entera un nuevo modo de "ser", anulatorio del *imaginario colectivo* basado en la cosmovisión greco-cristiana que aún, exangüe, late en la sociedad.

Al hilo de cierta ideología que transita hacia un nuevo formato del sempiterno sueño ácrata: "Ni Dios, ni Patria, ni Rey", y con el auxilio de un subdiscurso que les ha permitido obtener la hegemonía en el ámbito cultural, buscan consolidarla irrevocablemente a través de una nueva Constitución que patrocine e impulse su "revolución legal".

Palabras clave: Revolución, laicismo, Estado de derecho.

* Este artículo corresponde a la primera entrega de un capítulo de mi libro *Estado de derecho y revolución legal*, de próxima publicación por Tirant Lo Blanch.

** Maestría en Derecho Constitucional, Universidad de Bolonia. Profesor de Derecho Administrativo. Expresidente y exministro del Tribunal Constitucional. Correo electrónico: iarostica@vtr.net. Artículo enviado el 13 de julio de 2022 y aceptado para su publicación el 22 de agosto de 2022.

Hilaire BELLOC, *La crisis de nuestra civilización*, p. 146.

Como es el desatendido desencuentro histórico entre la dinastía francesa de los capetos y la "Nobleza de toga", de antes de 1789: los reyes decretando el cese de ciertos irritantes privilegios y otras medidas en provecho de la burguesía, mientras los parlamentos (tribunales superiores) se resistían a registrarlas o aplicarlas, en defensa de sus propios intereses o en resguardo del derecho tradicional. Una primera aproximación al tema, la de Jean SÉVILLA, *Históricamente incorrecto. Para acabar con el pasado único*, pp. 49-159.

Abstract

On top of a class struggle in the material field of “having”, the stake is currently taking place led by an unprecedented conglomerate of revolutionary subjects, replacements of the proletariat, tending to impose on the entire community a new way of “being”, nullifying the imaginary collective based on the Greco-Christian worldview that still, bloodless, beats in society.

In line with a certain ideology that moves towards a new format of the eternal anarchist dream: “Neither God, nor Country, nor King”, and with the help of a sub-discourse that has allowed them to obtain hegemony in the cultural sphere, they seek to irrevocably consolidate it through through a new Constitution that sponsors and promotes its “legal revolution”.

Keywords: Revolution, Secularism, Rule of Law.

Introducción

En la sucesión de acontecimientos que desencadenó la Revolución de 1789, el divorcio entre los distintos órdenes estamentales o castas no posee un lugar en la investigación estándar¹, a pesar de tener incidencia en la ulterior disrupción entre lo espiritual y lo político-temporal como consecuencia de la modernidad². Poca o ninguna importancia se le asigna a la disociación entre la sociedad y la religión que produjo, a la larga, la lucha entre güelfos y gibelinos (*lato sensu*), en circunstancias que mientras se mantuvo la sinérgica distinción (que no separación) entre ambas esferas, con un estamento sacerdotal-catedrático ejerciendo autoridad a la luz de

¹ Como es el desatendido desencuentro histórico entre la dinastía francesa de los capetos y la “Nobleza de toga”, de antes de 1789: Los reyes decretando el cese de ciertos irritantes privilegios y otras medidas en provecho de la burguesía, mientras los parlamentos (tribunales superiores) se resistían a registrarlas o aplicarlas, en defensa de sus propios intereses o en resguardo del derecho tradicional. Una primera aproximación al tema, la de SÉVILLA, *op. cit.*, pp. 149-159.

² Por formación clásica, desde el mítico desencuentro entre Agamenón y Aquiles, la historiografía se ha dejado seducir por los enfrentamientos dentro de la misma casta política-guerrera (los kshatriyas), conformada por quienes sobresalen igualmente en las asambleas y en el combate (HOMERO, *Iliada* canto I, p. 58; canto VI, p. 79 y canto IX, pp. 440-441). Equivalente a la leyenda que narra la enemistad entre el Cid Campeador y el rey Alfonso VI. De aquí puede venir esa dicotomía amigo-enemigo, que resulta extraña a los de las demás castas y que –bien entendido el concepto griego de ‘stasis’– constituye *La esencia de lo político* según reza el célebre título (de 1965) de Julien Freund. Atinente a dicha noción griega: Nicole LORAUX, *La ciudad dividida. El olvido en la memoria de Atenas*.

un *logos* superior que se encuentra más allá de lo humano, el derecho se situó por encima del poder, “presupuesto básico del Estado de derecho” al decir del Premio Nacional de Historia Bernardino Bravo:

“De ahí que el gobernante, si quiere actuar rectamente, tenga que preguntar al jurista, vale decir que recurrir a la autoridad de quien sabe derecho para que le diga hasta dónde llega el uso de su poder y dónde comienza el abuso o exceso”³.

Venga a la memoria –más acá de la leyenda de un Arthur bajo la tutela del mago Merlín o de las figuras arquetípicas de Aragorn y Gandalf⁴– en pleno auge del imperio español al mismísimo Carlos I oyendo en clase a fray Francisco de Vitoria, el gran teólogo-jurista de Salamanca. ¿Habría que recordar que fue este Rey quien también suspendió la expansión del imperio y convocó a la Controversia de Valladolid en 1550 para definir por expertos del más alto nivel si era conforme a la justicia la conversión de los indios del Nuevo Mundo, lo que se reconoce como “el amanecer de los derechos del hombre”⁵.

La escisión –como veremos a continuación– se inició en Francia, mucho antes de 1789, con Felipe IV, el Hermoso (1268-1314), cuando “la rebelión de los Kshatriyas”, según el nombre que le diera el estudioso de la metafísica René Guénon⁶, de donde abrevaremos para ofrecer la siguiente explicación que demuestra, en definitiva, que “la sustracción del derecho a una clase de personas competentes”, juristas y jueces, es consecuencia de la “pérdida de la dimensión sapiencial” del derecho, esto es, como algo “que se descubre y se lee de la realidad cósmica y social”, según describe Paolo Grossi, catedrático y expresidente del Tribunal Constitucional italiano (2016-2018)⁷.

³ Bernardino BRAVO LIRA, “Los abogados y el Estado de Chile. Del Estado modernizador al Estado subsidiario. 1758-1998”, p. 120. Del mismo autor, “Utrumque ius en la Universidad de Chile 1758-1912. El derecho por encima del poder. Discurso de reapertura de la cátedra de Derecho Canónico”, pp. 511-513.

⁴ El ejemplo más emblemático (aunque fallido) en Chile es el de los sacerdotes de la Compañía de Jesús que compusieron el Centro Belarmino (liderados por el belga Roger Vekemans S.J.), y que a inicios de la década de 1960 asumieron el papel de “eminencia gris” del por entonces novel Partido Demócrata Cristiano.

⁵ Jean DUMONT, *El amanecer de los derechos del hombre. La controversia de Valladolid*, 334 pp.

⁶ Jean HANI, *In memoriam René Guénon. René Guénon y la política*, pp. 37-49. Del mismo René GUÉNON, *Autoridad espiritual y poder temporal*, pp. 24-25, 100-129 y 148-149.

⁷ Paolo GROSSI, *Mitología jurídica de la Modernidad*, pp. 16-17. Una aproximación al tema, en Alejandro GUZMÁN BRITO, “Autoridad y potestad en la organización política”, pp. 101-119.

Ya que, desde el momento en que se dogmatiza que el derecho es algo que se crea por todos y de la nada, *ab initio* y *ex nihilo*, a partir de una página en blanco, allí mismo quienquiera puede empezar a escribir sus apetitos y revanchas, hasta llegar a conformar este posmoderno e inédito despotismo legislativo que emerge en la hora actual, para imponer el caos de lo indiferenciado por sobre el orden en la diversidad. Más claro, Jacques Derrida: “el derecho es construible, y por tanto deconstruible”⁸. Y esto, por acción de unos nuevos y antes dispersos sujetos revolucionarios que –según llamaron a congregarse desde la acracia un Herbert Marcuse (1969)⁹ y un Félix Guattari (2017)¹⁰– son hoy los que ocupan el lugar de los viejos sans-culottes o shudras. A estos autores rindieron culto los redactores de la Convención Constitucional de 2022, cuando dispusieron la “integración de los grupos oprimidos e históricamente excluidos” junto con reivindicar las “diversidades y disidencias sexogenéricas” y los “derechos de identidad”. La anterior alusión debe entenderse referida al nuevo conglomerado de minorías con identidades subjetivas que –en su momento– llevaron a cabo las “resistencias parciales” y que, una vez lograda la “fusión o condensación” de sus respectivos conflictos, gatillaron lo que ya el año 2010 se bautizó como “estallido social”, mucho antes de que este fenómeno se concretara el 18 de octubre de 2019¹¹.

I

Recordemos para empezar el hecho hoy olvidado y elemental de que las sociedades tradicionales secularmente se estructuraron mediante el sistema de castas, donde cada estamento cumplía una función distinta en beneficio del común. Este esquema, que recuerda la expresión sánscrita *bhêda-bhêda*, “distinción sin diferencia” o, mejor dicho, sin separación –añade Jacques Le Goff– aparece en la traducción de la obra de Boecio, *De Consolatione*, hecha por el rey de Inglaterra Alfredo, el Grande, a fines del siglo IX, al distinguir entre los *jebedmen*, *fyrðmen* y *weorcmen*, “hombres de plegaria”, “hombres de caballo” y “hombre de trabajo”, lo que justificaría

⁸ Jacques DERRIDA, *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad*, p. 35.

⁹ Herbert MARCUSE, *Un ensayo sobre la liberación*, 94 pp.

¹⁰ Félix GUATTARI, *La Revolución molecular*, 563 pp.

¹¹ En entrevista al sociólogo de la Universidad Alberto Hurtado, Jorge LARRAÍN, “La ideología en el tiempo de las luchas parciales”, cuerpo E, p. 17. Sobre los estudios académicos posteriores respecto de cada uno de los frentes de diversidad y potencial conflictividad, véase “El proyecto que busca explicar el conflicto social”, en *La Tercera*, Santiago, 21 de septiembre de 2013, Reportajes, p. 19.

la existencia de los diversos estatutos que regirían sus respectivas funciones¹². De modo análogo, en el mundo céltico se distinguían tres grupos sociales: Los druidas, los caballeros y los villanos o el pueblo llano; donde los primeros eran los encargados de velar porque la “ciudad celestial” –esto es, el “cosmos” u “orden” querido por los dioses– se encarnara en la polis o ciudad¹³.

Es en verdad el modelo protoindoeuropeo con estructura trina, que se componía, en su origen, de tres órdenes “socioespirituales”, figurativamente ubicados en las distintas partes de un mismo cuerpo social (cabeza, brazos y estómago), más una cuarta casta (la de los sirvientes y peones, ubicada a los pies) que aparece en la India, y que se mantuvieron de manera oficial en ese país hasta 1949. Sus nombres y funciones (equivalentes en Occidente) eran los siguientes:

| | |
|------------|-----------------------------|
| Brahmanes | Sacerdotes y catedráticos |
| Kshatriyas | Gobernantes y guerreros |
| Vaishyas | Comerciantes y agricultores |
| Shudras | Obreros y sirvientes |

Joseph Campbell lo explica como una forma de “división del trabajo”, en que “existía un gobierno profesional, sacerdotes profesionales, mercaderes profesionales y labradores de tierra profesionales”, resultante en avances asombrosos en el conocimiento de la humanidad. Hacia el 3500 a.C. –por caso– uno de los más extraordinarios descubrimientos que los sacerdotes efectuaron a través de la observación astronómica fue el desplazamiento periódico de los planetas, lo que inspiró la noción de un cosmos de regularidad matemáticamente controlable. Que sigue:

“Con irresistible regularidad el curso del ascenso y caída del día y la noche, el creciente y el menguante de la Luna, el comienzo y el fin del año, y, más allá de eso, el paso del gran año, el eón del giro total del cosmos”¹⁴.

Un modelo cósmico cuyas pautas, amén de reflejarse en un determinado orden político-social, se propaga a las artes, a la literatura y a la filosofía, hasta permear el concepto mismo de justicia y de legalidad.

¹² Jacques LE GOFF, *La civilización del Occidente medieval*, pp. 231-233.

¹³ Gonzalo RODRÍGUEZ, *El poder del mito*, pp. 142-143.

¹⁴ Joseph CAMPBELL, “El nacimiento de Brahman”, p. 40. Frithjof SCHUON, *Castas y Razas*, pp. 7-29. Más extensamente: Agustín PÁNIKER, *La sociedad de castas. Religión y política en la India*, pp. 162-187.

II

Es que, puesta dicha estratificación como telón de fondo, se dejan encuadrar con gran nitidez diversos acontecimientos que, de otra manera, se nos presentan por completo difuminados e incomprensibles. Para lo que aquí nos interesa enfocar: Que aceptada como viga cosmológica maestra la preeminencia de una metafísica trascendental por sobre la política y la legalidad, se correspondía con esto la conformación de dicha sociedad estamental, con la participación de una “casta sacerdotal” encargada de descubrir y transmitir dicho orden sustancial, merced a un saber superior adquirido a través de grados sucesivos de perfección espiritual e intelectual. En la Europa medieval, tal conocimiento cualificado es al que se accede tras un camino de iniciación, que se institucionaliza en el paso por una universidad (de allí la fundación de la Universidad de Bolonia el año 1088), en especial en las cátedras cimeras de Teología y de Derecho (donde se imparten los dos derechos, *utrumque ius*, esto es, cánones o derecho eclesiástico y leyes o derecho romano).

Sin perjuicio de las costumbres locales y de los múltiples estatutos que regían con relativa autonomía a los diversos estamentos profesionales (esto es, cada uno obrando virtuosamente conforme con su “privilegio”: de *privus* y *legalis* o “ley de uno mismo”), el contenido y finalidad de la ley de la polis –aquella que propende al bien común general– no era un asunto librado a la sola voluntad del soberano:

“Este derecho tiene su propia *onticidad*, pertenece a un orden objetivo, está dentro de la naturaleza de las cosas donde se puede y se debe descubrir y leer. Íntima sabiduría del derecho: escrito en las cosas por una suprema sabiduría –de nuevo Paolo Grossi– y cuyo descifrado y traducción en reglas sólo puede ser confiado a un estamento de sabios, los únicos capaces de hacerlo cuerdamente”¹⁵.

Y de allí que el derecho (en lo que tiene de trascendente y duradero) se ubicara por encima de la política (en lo que hace a lo coyuntural e inmanente), y no al revés.

Es la convicción sintetizada por Sófocles, que cruza toda la cultura occidental, de que aquellas que rigen los destinos de la ciudad son leyes atemporales y sublimes:

“Nacidas en el celeste firmamento, de las que Olimpo es el único padre y ninguna naturaleza mortal engendró ni nunca el olvido las hará reposar! Poderosa es la divinidad que en ellas hay y no envejece” (*Edipo rey*, p. 866)¹⁶.

¹⁵ GROSSI, *op. cit.*, p. 27.

¹⁶ Idea repetida por SÓFOCLES, *Antígona*, p. 456.

Así, y más de dos milenios después, Andrés Bello lo resumiría enseñando que las leyes que rigen a las naciones:

“Solo pueden serles dictadas por la razón, que, a la luz de la experiencia, y consultando el bien común, las deduce del encadenamiento de causas y efectos que percibimos en el orden físico y moral del universo. El ser supremo, que ha establecido estas causas y efectos, que ha dado al hombre un irresistible conato al bien o a la felicidad y no nos permite sacrificar la ajena a la nuestra, es, por consiguiente, el verdadero autor de las leyes, y la razón no hace más que interpretarlas”¹⁷.

III

Con Clemente de Roma († 99 d.C.) aparece por primera vez una connotación precisa del ideal del buen gobierno y de sus cuitas, sobre la base de la sociedad romana estructurada en *ordines* o estamentos. En medio de la subversión del orden establecido que se había desatado en Corinto, de los inferiores contra los superiores, “sedición extraña y ajena a los elegidos de Dios, que han provocado unos individuos, temerarios y arrogantes” (1 Clem. 1,1), es él quien calibra los diferentes matices que puede adquirir la *stasis*, como “revuelta”, “facción”, “partidismo”, “contienda” hasta llegar al “cisma” (1 Clem. 46,9; 46,4): cuando:

“Los sin honra (*átimoi*) se han alzado contra los honrados (*éntimoi*), los sin gloria (*ádoxoi*) contra los con gloria (*éndoxoi*), los insensatos (*áprhrones*) contra los sensatos (*phrónimoi*), los jóvenes (*neoi*) contra los ancianos (*presbústeroi*)”¹⁸.

La solución no podía ser más categórica:

“Cada uno en su propio *ordo* ejecute lo mandado por el emperador y por los que gobiernan, pues los grandes no pueden subsistir sin los pequeños ni los pequeños sin los grandes, pues en todo hay un cierto equilibrio y en ello radica lo útil” (1 Clem. 37, 3-4).

Vinculándose esta noción de orden con la metáfora del cuerpo trazada por san Pablo:

“Tomemos el ejemplo de nuestro cuerpo: la cabeza sin los pies no es nada y nada son tampoco los pies sin la cabeza ‘y es que los más pequeños

¹⁷ Andrés BELLO, *Obras completas*, vol. x, pp. 11-12.

¹⁸ Antonio PIÑEIRO (ed.), *Biblia y helenismo. El pensamiento griego en la formación del cristianismo*, pp. 540-543.

miembros de nuestro cuerpo son necesarios y útiles en conjunto' (1 Corintios 12, 22), y todos colaboran y se ordenan conjuntamente a la conservación de nuestro cuerpo" (1 Clem. 37, 5).

Cada uno según sus aptitudes e inclinaciones, conforme a los dones que le han sido repartidos por la divinidad y la naturaleza (recuérdese la *Iliada* canto IX, p. 255 anticipándose al ADN y al genoma humano), "todos los miembros de la nación, como un único cuerpo, pueden permanecer unidos formando una sola comunidad que aspira a la paz y al buen orden", rematará Filón de Alejandría (*De spec. Leg.* III 131)¹⁹.

Es en este contexto que un precedente de marca mayor se sentó cada vez que los kshatriyas (poder regio o temporal) pretendieron instrumentalizar en su beneficio la autoridad espiritual de los brahmanes (poder sacerdotal), esto es, someter el poder espiritual a fines políticos. Como hiciera –movido por pura ambición material y a quien Dante Alighieri pone en el Purgatorio por su codicia²⁰– Felipe, el Hermoso con el apoyo de los Estados Generales, primero para ir contra el papa Bonifacio VIII (incluido el "atentado de Anagi" en 1303) y luego al destruir la Orden del Temple (1307) y hasta quemar en la hoguera al propio Jacques de Molay (1314). Azuzado por un amanuense del poder, el legista Guillaume de Nogaret, a proclamar a los cuatro vientos que "El rey de Francia es emperador en su reino, su voluntad tiene carácter de ley", a partir de este Felipe IV veremos a los reyes de Francia apoyándose en la burguesía y el Estado llano para respaldar dicha "legitimidad" y, de paso, absorber y centralizar todos los poderes que en realidad correspondían al estamento espiritual. De modo que, mediando una suerte de ley de rebajamiento, una vez sentada la posibilidad de sustitución de un estamento por otro, posteriormente acaecería la "rebelión de los Vaishyas", de la burguesía contra la monarquía en 1789, la que –a su turno– revierte en la actual acometida de los shudras para dominar a todos los anteriores, esta vez acorde con unas inéditas coordenadas mentales²¹.

IV

Conviene no perder de vista este antecedente, porque esos mismos *États généraux* serán los convocados por Luis XVI para afrontar la crisis político-

¹⁹ PINEIRO, *op. cit.*, p. 543.

²⁰ Dante ALIGHIERI, *La divina comedia, Purgatorio*, canto XX, pp. 91-93 y 242.

²¹ HANI, *op. cit.*, pp. 35-40.

financiera por la que atravesaba Francia en 1789 y que terminaría en un proyecto explícito de ruptura con todo el universo anterior. Siendo el resto de la historia conocida: Divididos los tres estamentos tradicionales, a ambos lados del Monarca el clero (I Estado) y la nobleza (II Estado), y enfrentándolo el pueblo (III Estado) que luego pasaría a la izquierda, todo va a desembocar en el triunfo de este último; más precisamente en la subversión de los comerciantes vaishyas que daría inicio al ciclo revolucionario burgués²².

Un único código en lugar de diversas leyes especiales, al tenor de la igualdad rasante y la repulsa a la totalidad de los “privilegios estamentales”, junto al relevo de los estatutos profesionales por los contratos²³, apuntan en efecto a dismantlar la estructura social tradicional basada en la armonización entre las diversas castas u órdenes, lo que facilitaba la supremacía de esa cosmovisión de cuño greco-cristiana por sobre la política y la legalidad, o sea, la concepción de un *axis mundi* que implicaba la preponderancia de la *auctoritas* por sobre la *potestas*. La línea divisoria de 1789 trazada por la burguesía revolucionaria ameritaba así una nueva Constitución de contrario, carente de contenido sustancial, a fin de desplazar del orden público al *mythos* griego y al *verbo* cristiano, conformadores de esa ley fundamental o carta constitucional sagrada por la que ancestralmente se autorizaba la continuidad o se aprobaban sus modificaciones, de normas, costumbres e instituciones primordiales²⁴.

Nunca repetiremos lo suficiente que esto es la raíz y sentido de una auténtica “revolución”, como la de 1789: Un proceso de alteración radical en el modo de sentir y pensar de la gente para instaurar un nuevo orden de cosas en su lugar, el *novus ordo saeculorum*.

“Toda transformación del hombre –dícese con probidad– se ha apoyado en una nueva base metafísica e ideológica; o más bien, en las inquietudes e intuiciones más profundas cuya expresión racionalizada asume la forma de una nueva visión del cosmos y de la naturaleza del hombre”²⁵.

²² Una cosa es rechazar que “la propiedad constituye un robo y el comercio es su instrumento”, y otra muy distinta es postular que esta cantinela anarco-comunista posee “continuidad” con cierta filosofía griega y teología cristiana: la expulsión de los mercaderes del templo por Jesucristo (Mateo 21, 12-13; Marcos 11, 15-17; Lucas 19, 45, y Juan 2, 13-16) no implica ensalzar el “pobrisimo” sino impedir que los comerciantes se apoderen del espacio sagrado, so riesgo de desvirtuar su función. Antonio ESCOHOTADO, *Los enemigos del comercio I*, 615 pp.

²³ BELLOC, *op. cit.*, pp. 94-95 y 161-168.

²⁴ Paráfrasis de Robert GRAVES y Raphael PATAI, *Los mitos hebreos*, p. 11.

²⁵ Lewis MUMFORD, “Las transformaciones del hombre”, citado por Willis HARMAN, *El cambio de mentalidad. La promesa del siglo XXI*, p. 31.

Al cortarse ese nexo simbiótico con la metafísica, se yergue la emancipación absoluta de la voluntad popular, la autonomía ensoberbecida de la política respecto a lo que era una concepción superior de la juridicidad y, por ello, la ley resultante adquiere capacidades ilimitadas para abordar todo género de cuestiones *ad nutum*, sin restricciones en un más allá a respetar que pudieran coartar a las mayorías. De ahora en más la ley será reverenciada como una norma inicial, incondicionada e incuestionable.

Esa “mayoría” –claro está– era solo la burguesía, que había excluido del Poder Legislativo a sus viejos compañeros de ruta, los sans-coulottes (los sin calzones) del III Estado, gracias al voto restringido. Y que así impone su *ethos* capitalista, al alero de unas “leyes naturales” como son el darwinismo y la mano invisible del mercado, más otras tantas “leyes positivas” que superponen a la comunidad los principios identitarios que inspiran la “ley propia” o el “privilegio” de esa burguesía mercantil (prosperidad material, hacer dinero, tenencia e incremento de la propiedad, etc.²⁶). A cuyo respecto dirá Piotr Kropotkin desde el anarcocomunismo:

“Los millones de leyes que existen para la regulación de la humanidad parecen, tras estudiarlas, dividirse en tres categorías principales: la protección de la propiedad, la protección de las personas y la protección del gobierno. [...] La mitad de nuestras leyes –el código civil de cada país– no sirve a otro propósito que el de mantener esta apropiación (de la propiedad), este monopolio para el beneficio de ciertos individuos contra el conjunto de la humanidad. [...] Y una gran mayoría de nuestra legislación penal tienen el mismo objetivo a la vista, pues su fin es mantener al trabajador en una posición subordinada frente a su patrón, y así dar un marco de seguridad a la explotación”²⁷.

En tal ambiente de división, fue el voto universal el que instaló hacia la segunda mitad del siglo XIX el miedo a que el proletariado se hiciera algún día con el poder total a través de los partidos más radicales, para tomarse revancha a la vez de completar una revolución que unos ya satisfechos burgueses estimaban acabada. Pervertida la ley como un instrumento de poder de unos contra otros, y:

“Cuando el despojo está organizado por la Ley en provecho de las clases que la hacen, todas las clases despojadas tienden por medios ya pacíficos, ya revolucionarios, a tomar alguna parte en la elaboración de las leyes”,

como avizoraba en 1859 Frédéric Bastiat los efectos que tendría el sufragio universal:

²⁶ Joseph CAMPBELL, *Mitos de la luz*, p. 186.

²⁷ Citado por Jim MAC LAUGHLIN, *Kropotkin y la tradición intelectual anarquista*, p. 219.

“Puesto que cada cual explota la Ley en su provecho, también nosotros queremos explotarla” en el sentido de que “todas y cada una de las clases querrán hacer la Ley, ya sea para precaverse contra el despojo, ya para organizarlo en provecho propio”²⁸.

Muchos de los que habían endiosado a la ley con poderes para hacer y deshacer a placer, de entre la burguesía que se reconocía en la ideología de la Ilustración y que había arrasado con todas las barreras religiosas y jurídicas que limitaban el poder del Estado, son quienes a fines del siglo XIX –en el *memento mori*– buscan impedir este escenario amenazante con que se inaugura el XX, interponiéndole a esta procelosa democracia y sus leyes mayoritarias un Estado de derecho cobijado en una Constitución rígida, cuya superioridad –más allá de un alto quórum para reformarla– no podría sino basarse naturalmente en los archiconocidos principios metafísicos tradicionales²⁹. Y es este ya de por sí precario equilibrio entre democracia y Estado de derecho (a rebato de una acosada burguesía comerciante y apenas soportado a regañadientes por el progresismo proletario) el que en la actualidad resulta todavía más comprometido, cuando arremeten unos nuevos sujetos revolucionarios que han reemplazado a aquellos proletarios que en el camino se fueron plegando al *statu quo*.

V

Los siglos XIX y XX fueron testigos, en todo caso, del consenso modernista entre burgueses y proletarios –el III Estado– en procura de desterrar la metafísica y de que la economía ocupara su lugar, ya que la materialidad de las relaciones productivas (la infraestructura) sería la sola y exclusiva causante de la creación de las subsiguientes normas, ideas e instituciones que rigen la sociedad (superestructura). No es que –creen a pies juntillas– una espiritualidad o metafísica afincada en algún logos superior disemine una filosofía política y una legalidad consecuenciales: *it's the economy stupid!* El dominio privado o estatal de los medios de producción sería la piedra de toque única que los dividiría.

Con la posmodernidad, sin embargo, asoman otros herederos de los revolucionarios de 1789, quienes –exacerbando las diferencias existentes dentro de la pluralidad– corren tan atrás en su regresión y ajuste de

²⁸ Frédéric BASTIAT, *La ley*, pp. 66 y 72-73.

²⁹ Hemos ahondado antes en este hecho clave, capital, para comprender el constitucionalismo del siglo XX por contraste con el del siglo precedente; pudimos plasmarlo brevemente en STC rol n.º 11560-21, considerando 23.º.

cuentas con el pasado que, volviendo a fojas cero, llegan hasta reprocharle al Demiurgo –llámese este Zeus o Yahvé– su acto creador del mundo sensible. Extreman a tal punto el ideal de los revolucionarios del siglo XVIII, de “volver a aquellos antiguos tiempos en que las cosas habían sido como debían ser” y es tal su deseo por construir “un nuevo origen”, como diría Hannah Arendt³⁰, que –si se quiere– remanecen pergeñando otra variante del gnosticismo contestatario en el horizonte occidental. Una de aquellas derivas que describió Eric Voegelin en 1959:

“El mundo ya no se muestra como un conjunto bien ordenado, como un cosmos, en el que el hombre helénico se sentía como en casa; no es el mundo judeocristiano, que Dios creó y vio bueno. El hombre gnóstico ya no desea comprender con admiración el orden intrínseco del cosmos. Para él, el mundo se ha convertido en una prisión de la que quiere escapar”³¹.

O alterar, a su imagen y semejanza.

Cuando el *Génesis* 1 enseña que, contemplando cada acto de su creación “Vio Dios que esto estaba bien”, pues que el gnosticismo modernista vuelve a ver en Él a una deidad malévolamente responsable de crear este mundo material según un orden que rima separando esos pares de distintos (no necesariamente contrarios u opuestos), pero que a ellos se le antojan asaz caprichosos y antojadizos (“discriminatorios”), como son el cielo y la tierra, lo sagrado y lo profano, el ser humano ante las cosas y los animales, el hombre y la mujer, padres e hijos, etc. Siendo esta organización del ser contra el cual se alza *ab initio* el gnosticismo de la hora actual, confiado en lograr su transformación *hic et nunc* mediante la acción humana, dentro de este tiempo histórico y merced a un proceso revolucionario. Uno de sus hitos es una nueva Constitución, en tanto acta de defunción del “Antiguo Régimen” greco-cristiano y fe de bautismo del nuevo mundo caótico o del No Logos.

VI

Es la “metafísica logocéntrica”, que marcó la historia ontológica occidental (y su derecho público entre medio), aquella en cuyo cuestionamiento *da capo* se empeñan la literatura y el arte vanguardistas, tanto como la moderna semiótica o filosofía del lenguaje. Sin ir más lejos, la literatura latinoamericana de la década de 1960 contribuyó no poco a:

³⁰ Hannah ARENDT, *Sobre la revolución*, pp. 69-73.

³¹ Eric VOEGELIN, *Las religiones políticas*, p. 83 (donde se recoge su obra posterior, de 1959, “Ciencia, política y gnosticismo”).

“Poner en crisis ciertos órdenes establecidos, de una manera radical y sutil. Oposiciones tajantes, aparentemente irreductibles, del tipo vida/muerte, sueño/vigilia, locura/cordura, real/irreal, subjetivo/objetivo, o son neutralizadas o son entreveradas, en un verdadero proceso dialéctico de transfiguración, destinado a revelar que la realidad no es ni tan inmóvil, ni tan plana, ni tan unidimensional como parece”,

según asiente el escritor chileno Oscar Hahn³².

El emplazamiento afín proferido por Roland Barthes en 1953 (*El grado cero de la escritura*), a purificarse de los “lugares comunes” que abundan en la lírica y las letras por mera servidumbre con la cultura burguesa, no tardaría en ser captado como una “crítica terrorista” en contra “de esa jurisprudencia de la vida humana que es la literatura, desde Homero y Sófocles”, en que tales lugares comunes hacen parte de la naturaleza humana; al punto de exhortar a las conciencias que salgan, en último término, de la “metafísica occidental”:

“Con esa salida, uno se pone al margen de toda sociedad natural con sus semejantes, fuera de la humanidad, fuera de la nación, fuera de la familia, fuera de la libertad. Se pone –concluye Marc Fumaroli– en posición de locura o de extremo poder, a veces de ambas cosas”³³.

En las bellas artes, otrora regidas por la armonía y la proporción áurea, con un lejano modelo en “El jardín de las delicias” de el Bosco (1500-1505) a inicios del siglo xx irrumpen el dadaísmo y el surrealismo, como movimientos artísticos e ideológicos con bríos revolucionarios apuntados a instilar la mezcla entre elementos contradictorios de manera ilógica e irracional, reveladores de un anarquismo de nueva generación. André Breton en sus *Manifiestos del surrealismo* (1929), anticipándose en cuatro décadas al eslogan parisino de 1968 de “la imaginación al poder”, declara con insatisfecha autosuficiencia que:

“El hombre propone y dispone. Solamente de él depende llegar a pertenecerse entero, o sea, mantener en estado anárquico las huestes cada vez más temibles de sus deseos”;

para, enseguida, definir el surrealismo como la expresión real de un pensamiento “con exclusión de todo control ejercido por la razón y al margen de cualquier preocupación estética o moral”³⁴.

Y es el mismo André Breton quien luego (1930) llama a poner en evidencia “el carácter ficticio de las viejas antinomias”, pues:

³² Oscar HAHN, *Magias de la escritura*, p. 94.

³³ Marc FUMAROLI, *El Estado cultural. Ensayo sobre una religión moderna*, pp. 92 y 94.

³⁴ André BRETON, *Manifiestos del surrealismo (1929-1930)*, pp. 37 y 47.

“Todo nos induce a creer que existe un punto del espíritu donde la vida y la muerte, lo real y lo imaginario, lo pasado y lo futuro, lo comunicable y lo incommunicable, lo alto y los bajo, dejan de ser percibidos como contradictorios”³⁵

(he aquí de nuevo la sempiterna confusión de lo distinto con lo opuesto y con la contradicción).

A la “rebelión absoluta” llama André Breton; “todo está por hacerse y todos los medios deben ser buenos para destruir las ideas de *familia, patria, religión*”, con un empeño que “no implica concesiones” o con un “rechazo de toda transacción”, y animado siempre por:

“La irresistible necesidad que nunca nos abandona de revolcarnos de risa ante la bandera francesa, de vomitar de asco al rostro de todos los sacerdotes, y de hacer blanco en la ralea de los ‘deberes esenciales’ con el arma de largo alcance del cinismo sexual”³⁶.

VII

Se da, además, en el siglo XXI una innegable sincronía (coincidencia en el tiempo de hechos o fenómenos) entre el liberalismo revolucionario y una tendencia anarquista que afirma solo estar extremando las consecuencias sentadas por aquel, respecto a la aparición de un nuevo “demos” que estaría conformando la futura sociedad diversa e inclusiva, con exclusión –como no– de ese enemigo común al que son igual de hostiles, el retrogrado “antiguo régimen”, cuyas raíces metafísicas y filosóficas se niegan a desaparecer. Por algo el filósofo alemán Jürgen Habermas, al titular sintomáticamente una conferencia suya de 1980 “La Ilustración como proyecto frustrado”, lo que hacía era lanzar un grito de guerra para consumir la Revolución de 1789, el proyecto inacabado de la modernidad³⁷; ya que:

“Por mucho que los bancos de las iglesias estén cada vez más vacíos, Occidente permanece amarrado con firmeza a su pasado cristiano”³⁸.

³⁵ BRETON, *op. cit.*, pp. 87-88. Que dichos binarios susceptibles de antagonizar en pos de la Revolución no se agotan en el estrecho marco del materialismo histórico, de que hacen profesión de fe los comunistas por aquel entonces, lo explicita el autor en pp. 107-108.

³⁶ *Op. cit.*, pp. 89 y 93-94.

³⁷ Rémi BRAGUE, *Manicomio de verdades. Remedios medievales para la era moderna*, pp. 17-18.

³⁸ Tom HOLLAND, *Dominio. Cómo el cristianismo dio forma a Occidente*, p. 25. En p. 24: “Vivir en un país occidental es vivir en una sociedad completamente saturada de suposiciones y conceptos cristianos”.

No ha menester recurrir a los ejemplos más virulentos (a un Voltaire despotricando para “Écrasez l’infâme”), para advertir que las coordinadas estabilidad-unidad, ínsitas al orden greco- cristiano que sustenta el Estado de derecho, no pueden ser más antagónicas con las ideas de dinamismo-diversidad, que animan el modernismo liberal en su anhelo inextinguible por reconfigurar a la sociedad; democracia desaforada de por medio. De manera que ahora armados con el poder de la ley –y bajo el marchamo de un supuesto inocuo “Estado neutral”– no solo relegan a la esfera privada las creencias religiosas que le son incompatibles, sino que, además, arremeten contra los “enemigos de la sociedad abierta” o “sin fronteras” que buscan imponer (Karl Popper), excluyendo de la esfera pública y de la deliberación democrática a todo aquel que quiera participar inspirado en algún “absoluto trascendente” o amparándose en “doctrinas comprensivas” o “postulados esenciales” (Hans Kelsen, John Rawls, Jürgen Habermas, etc.). Una mala analogía compara la “construcción del derecho” con la “construcción de una catedral”, para aleccionar que ninguno de los sucesivos arquitectos podría imponer sus “preconcepciones estéticas”, como serían el gusto gótico o el estilo románico. En circunstancias que, más allá del diseño de un edificio, que es algo accidental, todo arquitecto debe ceñirse en lo esencial a unas leyes supremas y perennes, descubiertas gracias a la observación atenta de la naturaleza de las cosas (la vieja *alétheia* griega) que nadie se ha sentado jamás a “crear”. Y que no cabe ignorar, si no quiere nuestro “constructor” (Carlos Nino) que el edificio se le venga guarda abajo³⁹.

Anular la metafísica tradicional, con la consigna de terminar los “metarrelatos” y el “orden simbólico” reinantes, es el mandato del creacionismo modernista. Si alguna vez, en 1636, Pedro Calderón de la Barca pudo dar con los límites intrínsecos del poder acotando que “al rey, vida y hacienda se ha de dar; pero el honor es patrimonio del alma y el alma sólo es de Dios”, el problema es que esta cancelación actual de la metafísica tiene lugar –fijese bien– no cuando se discuten materias contingentes y de suyo opinables, como hay muchas en la vida de una comunidad, sino cuando el legislador trata precisamente de “emprender la obra de instituir un pueblo” y “sentirse en estado de cambiar, por decirlo así, la naturaleza humana”⁴⁰. Ambición de “crear” un pueblo nuevo, destruyendo sus antiguas concepciones míticas y religiosas a fin de “regenerarlo”, que profesa desde 1789 la vanguardia revolucionaria⁴¹. Que a partir de esa época la tiene empeci-

³⁹ Carlos Santiago NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, pp. 51-54.

⁴⁰ Jean-Jacques ROUSSEAU, *Contrato social*, p.69.

⁴¹ La ley, Louis de Saint-Just, Maximilien Robespierre, Jacques Billaud-Varennes, Louis-Michel le Peletier, citados por BASTIAT, *op. cit.*, pp. 108-109.

nada en “borrar las tradiciones” y “vaciar en cierto modo el espíritu humano de todas las ideas en las que hasta entonces se habían basado el respeto y la obediencia”⁴², a cuyo efecto y sin contrapesos o limitaciones ajenas ansía “dominar de un modo efectivo todos los aspectos de la vida en comunidad”⁴³. Por esto Félix Guattari, en *Caosmosis*, insta directamente a abolir el “arcaizante apego a las tradiciones culturales” y a agenciar las distintas minorías “marginalizadas” a objeto de modelar una nueva “producción de subjetividad”⁴⁴.

En efecto, la desaparición del proletariado en Europa, a raíz de su ascenso económico e incorporación a la burguesía hacia la década de 1950, urgía la aparición de unos nuevos sujetos revolucionarios que pudieran llenar el vacío y ocupar el lugar de los antiguos shudras o sans-culottes; los que surgen, sin previo aviso, en París con ese primer ensayo de globalismo anarquista que fue mayo 1968. Es en este punto de inflexión cuando retoma importancia la cuestión metafísica que pone en entredicho las coordenadas espirituales y mentales que ordenaron el mundo occidental, desde que las reivindicaciones materiales por un “tener” (ubicadas en la “infraestructura” económica) son desplazadas por otras más prioritarias reivindicaciones inmateriales por un “ser” (situadas en el plano de la “superestructura” cultural), exigidas a través de la violencia-lúdica y el rayado mural. Los grafitis rubicundos de aquel París no piden, exigen perentoriamente:

“Cambiar la vida. Transformar la sociedad”; “Es necesario llevar en sí mismo el caos para poner en el mundo una estrella danzante (Friedrich Nietzsche)”; “¡La pasión de la destrucción! Es una alegría creadora (Mijaíl Bakunin)”; “La acción no debe ser una reacción sino una creación”; “Todo es dada”; “Lo sagrado: ahí está el enemigo”; “Abajo el realismo socialista. Viva el surrealismo”; “La imaginación al poder”, etcétera.

VIII

De esos polvos vienen estos lodos. La emergencia de múltiples minorías dispersas demandantes de identidad llevará a la intelectualidad progresista liderada por Herbert Marcuse, a reclutarlos como los renovados “sujetos históricos del cambio” y a abandonar su pesimismo sobre el futuro de la Revolución, viendo ahora esperanzado (1969) que “los conflictos de clase están siendo desplazados por los conflictos de raza”, por la “rebelión de

⁴² Alexis de TOCQUEVILLE, *El antiguo Régimen y la Revolución*, pp. 40-41.

⁴³ Georg JELLINEK, *Teoría general del Estado*, p. 314.

⁴⁴ Félix GUATTARI, *Caosmosis*, pp. 14 y 22.

los estudiantes” y por la “rebelión interna de los instintos” que acontece en *ghettos* y barrios bajos con el lumpenproletariado⁴⁵. Estas nacientes “fuerzas subversivas” son las que se han de volver contra cualquier diferencia a mano: “blanco o negro, nativo o extranjero, judío o cristiano, rico o pobre”⁴⁶. A última hora, desaparecido el mundo obrero, la *intelligentsia* izquierdista halla entonces la tabla de salvación en los muchos y muy dispersos marginales *outcast*⁴⁷.

Un diagnóstico este, de Herbert Marcuse, que siendo compartido por la influyente pareja de intelectuales en la política argentina⁴⁸, Ernesto Laclau y Chantal Mouffe (1985)⁴⁹, les dio pábulo para acuñar la expresión “revolución democrática”⁵⁰, denotativa de que la “construcción de lo político” amerita amalgamar todos esos antagonismos, primero, “identificando al adversario” único con

“el tipo de sociedad jerárquica y desigualitaria, regida por una lógica teológica política en la que el orden social encontraba su fundamento en la voluntad divina”⁵¹.

Para luego expandir y generalizar la revolución a una variedad siempre creciente de direcciones o “dominios”⁵². Contra las “diosas del Orden y la Seguridad” –se suma al coro Félix Guattari– las minorías diferentes requieren ser agenciadas para provocar una multitud de revoluciones moleculares en todos los frentes y así “desencadenar grandes rupturas como la de Mayo del 68”⁵³.

Ya se sabía que esta revolución por acumulación vendría algún día. Se sabía de dónde y cómo la arremetida contra el “sistema” en su totalidad ocurriría⁵⁴; sin embargo, es bastante dudoso que su sentido profundo sea todavía comprendido efectivamente. Y ahora ya no se reduce la cuestión

⁴⁵ MARCUSE, *op. cit.*, pp. 56 y 62-63.

⁴⁶ *Op. cit.*, pp. 54-55.

⁴⁷ Razmig KEUCHEYAN, *Hemisferio izquierda. Un mapa de los nuevos pensamientos críticos*, p. 56.

⁴⁸ Fernando FUENTES, “La pareja de intelectuales que inspira la política de los Kirchner”, p. 10.

⁴⁹ Ernesto LACLAU y Chantal MOUFFE, *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, p. 213.

⁵⁰ *Op. cit.*, pp. 197 y 212.

⁵¹ *Op. cit.*, pp. 20 y 197.

⁵² *Op. cit.*, pp. 198-199.

⁵³ GUATTARI, *La Revolución...*, *op. cit.*, pp. 373-375.

⁵⁴ Entre otros vigías de ese porvenir, destacaba por aquellos años Paul JOHNSON, “¿Ha muerto el Totalitarismo? Nuevas tentaciones para los intelectuales de hoy”, cuerpo D, pp. 1 y 12-13.

a tolerar a estos “nuevos sujetos revolucionarios” dentro del esquema jurídico tradicional, sino que la integración “inclusiva” impone una necesaria y radical “creación de lo social” a su medida. En que es el Estado y la entera comunidad quienes tienen que cambiar para adaptarse a sus “subjetividades”, de modo que la sujeción a los nuevos derechos de identidad implica aceptar las correlativas obligaciones para los demás; no solo de abstenerse de lesionarlos, sino que, además, de actuar positivamente en su favor, bajo amenaza de sanción administrativa si no⁵⁵.

IX

He aquí a estos hodiernos shudras (y no pocos burgueses de entre los vaishyas) fugitando las cosmovisiones metafísicas tradicionales (las “narrativas maestras”) tanto como los “principios fundacionales constitucionales” que son sus derivados, so capa de que no serían sino artilugios mistificadores para mantener a algunos estratos sociales en el poder y a otros fuera de él. En cuya maquinación sería cómplice el sistema de lenguaje organizado sobre la base de binomios explicándose entre sí por su posición polar (por “tensión binaria”) y en relación uno al otro siguiendo los principios de no contradicción y del tercero excluido, procedentes de la lógica. Los binomios persona-cosa, hombre-mujer, adulto-niño, culpable-inocente, conciencia-consentimiento (incidentes en las “disidencias sexogenéricas”), por ejemplo, serían solo “constructos culturales o meras convenciones lingüísticas (“estereotipos caducos” transidos de “maniqueísmo”) robustecedores de intereses grupales, y no una verdadera representación de alguna realidad objetiva susceptible de descubrir, a la que la palabra se adecúa. Las propias nociones de verdad, justicia y belleza o bondad no son –dicen– más que instrumentos que algunos grupos manipulan para perpetuar su “hegemonía” sobre otros⁵⁶.

⁵⁵ Un ejemplo tardío de acomodación ante estas nuevas “demandas” que irrumpen en el “mercado electoral” puede encontrarse en Chandran KUKATHAS, *El archipiélago liberal*, *passim*.

⁵⁶ Un primer acercamiento a esto y lo que viene en Christopher BUTLER, *Posmodernidad. Una breve introducción*, pp. 19-45. El público chileno pudo contar con una primera aproximación sistemática a estas corrientes de pensamiento (desde la Escuela de Frankfurt a intelectuales franceses como Michel Foucault y Jacques Derrida, pasando por Jacques Lacan en psicología, Roland Barthes en crítica literaria y Jean-François Lyotard en filosofía) gracias a la reveladora obra de Joyce APPLEBY, Lynn HUNT y Margaret JACOB, *La verdad sobre la historia*, 319 pp. Un infaltable en este punto: Sir Roger SCRUTON, *Pensadores de la nueva izquierda*, 442 pp.

En la dinámica revolucionaria trazada por Félix Guattari, se quiere que las diversidades y subjetividades, ahora agenciadas, puedan llegar a “una fusión en un todo indiferenciado o más, bien, desdiferenciado”, de modo que:

“Por efecto de un foco tal de caosmosis, el conjunto de los términos diferenciales, de las oposiciones distintivas, de los polos de discursividad son objeto de una conectividad generalizada, de una mutabilidad indiferente, de una descalificación sistemática”⁵⁷.

En otras palabras, la entrada de estos shudras en el gobierno demanda congregar y encausar (agenciar) a los nuevos sujetos revolucionarios (subjetividades) que –reemplazando al proletariado– están en los márgenes o son terceros excluidos de tales binarios (hombre-mujer, adulto-niño, chileno-extranjero, propietario-ocupante, autoridad-subordinado, médico-paciente, etc.). De donde la necesidad de:

“Forjar una concepción más transversalista” de lo colectivo, sobre la base de la “heterogeneidad de los componentes que agencian la producción de subjetividad”⁵⁸.

A tal designio contribuye la viscosidad de un ambiguo lenguaje inclusivo e, incluso, sibilino, que se instala primero en las normas sociales y a la postre se normaliza e impone en las leyes políticas. Lo que un remusgo sugiere como pura y simple manipulación orwelliana del lenguaje, aderezada con la utilización de neologismos y acronimias o la simple confusión de conceptos, propias de sofistas e ilusionistas de palabras⁵⁹, se erige como el discurso transgresor que tiende a lograr aquella hegemonía cultural necesaria para consolidar la añorada revolución.

El lenguaje no es –sostienen– un medio para describir e inteligir la realidad captada por la experiencia sensible (a través de palabras y conceptos). Alineados con eso de que no se trata de *interpretar* el mundo sino de *transformarlo* (la famosa tesis XXI de Karl Marx⁶⁰), la eversión idiomática implica “eliminar toda forma de polaridad” que se encuentre en el vocabulario común⁶¹, amén de insuflarle un poder performativo o “creador” a cuantos conceptos indeterminados son aptos para la revolución. El “acto de habla” o discurso performativo opera, entonces, como

⁵⁷ GUATTARI, *Caosmosis, op. cit.*, pp. 100-101.

⁵⁸ *Op. cit.*, pp. 14-15.

⁵⁹ Alan SOKAL y Jean BRICMONT, *Imposturas intelectuales*, pp. 35-51, 151-168 y 197.

⁶⁰ Carlos MARX, *Tesis sobre Feuerbach*, p. 12.

⁶¹ Richard M. WEABER, *Las ideas tienen consecuencias*, p. 182 (todo el capítulo 8, pp. 117-200, versa justamente sobre “El poder de la palabra”).

una acción creadora que, en relación de causa-efecto, parte por arriba eliminando los referentes intelecto-espirituales sobre los que se estructura el “imaginario colectivo” actual, para terminar plasmando el nuevo paradigma en el plano subalterno de la legalidad, ya aceptada esta como instrumento de modelización de la sociedad.

“En el principio era el Verbo, y el Verbo estaba en Dios y el Verbo era Dios”: leemos en el Evangelio de Juan 1, pues esta presencia de lo divino en el lenguaje es el gran poder creador y transformador que los nuevos hacedores apetecen para sí. Quién sabe si creyendo todas esas historias de talismanes y abracadabras⁶² o acaso asumiendo cierta vieja expresión judía, cuya enunciación en arameo *awara ka d'awara* significa “creo mientras hablo”, denotativa de que mi palabra transforma⁶³. Porque para ellos eso que llamamos realidad es algo “construido” y, consecuentemente, puede ser “destruido” o “deconstruido”, todo sumado, he aquí conjugado el deseo de controlar la memoria y moldear el futuro a través del lenguaje performativo.

X

Recordaba Joseph Campbell que en la mentalidad clásica hindú, las castas se comparan con las diversas partes del cuerpo. La casta *brahmín* es la cabeza; la casta *kshatriyas* o gobernante constituye los hombros y los brazos; la casta *vaishyas* o mercantil representa el estómago dentro del torso y la trabajadora o *sudra* son las piernas del “cuerpo social”; de modo que cada uno de estos miembros ha de buscar su propio *dharma*, que es la virtud o el deber de “asumir las leyes que le impone su casta”⁶⁴ (el respectivo “privilegio” o “ley propia”). Entonces, se pregunta Joseph Campbell:

“¿Qué le sucedería a un cuerpo si los pies dijeran: ‘Quiero ser la cabeza’? ¿O si la cabeza dijera: ‘Quiero ser el corazón’? ¿Cómo llamamos a eso cuando ocurre en un cuerpo? Lo llamamos cáncer. Del mismo modo, lo que denominamos democracia, desde este punto de vista, es un cáncer”⁶⁵.

Confronta con la modernidad retratar –como hace dicho autor– “nuestro tiempo desafortunado, [como] la era de la mixtura de castas, cuando

⁶² Jorge Luis BORGES, *Arte poética*, p. 102.

⁶³ Rafael ECHEVERRÍA, *Raíces de sentido. Sobre egipcios, griegos, judíos y cristianos*, p. 375.

⁶⁴ CAMPBELL, *Mitos...*, *op. cit.*, p. 125.

⁶⁵ *Op. cit.*, p. 117.

nadie conoce su verdadera naturaleza”⁶⁶. Pero el malentendido de que esté propiciando un inmovilismo que impida ascender o bajar en la escala social e, incluso, dentro de cada estrato, no debe distraernos del problema esencial⁶⁷: el que un linaje o colectivo se haga con el poder con vistas a imponer su código genético estamental para fagocitar a los demás. Que es lo que pasó con la burguesía mercantil (de los vaishyas): Si dejamos de lado su intento por hacer pasar el Estado de derecho como si fuese una conquista liberal⁶⁸, en circunstancias que lo que en verdad ocurrió es que esta tuvo que asumir los presupuestos greco-cristianos que, durante milenios venían sustentando el imperio de la ley y los derechos naturales, en trance de ser arrasada por la ley de las masas proletarias, obviada esta apropiación indebida, la distorsión se produce cuando no acepta, a un tiempo, el carácter subordinado del espíritu económico a los imperativos jurídicos y morales fundantes de toda civilización conocida.

Es probable que no haya mejor fórmula que la economía social de mercado para asegurar el bienestar y el éxito material de la población (Chile fue una buena muestra de ello de la mano con magníficos empresarios). Lo desfigura todo, sin embargo, el economicismo, o sea, pensar que la totalidad del cuerpo social debe regirse por el *ethos* capitalista y, lo que es peor, que es, en exclusiva, conforme a sus postulados cómo se debe gobernar⁶⁹. Nada reprochable hay en que alguien vea un árbol como madera e imagine las obras que –en buena hora– pueden hacerse con él. La cuestión es que este interés (válido en su ámbito) no debe excluir, por decirlo de modo figurado, la ideación verazmente ecológica del árbol

⁶⁶ CAMPBELL, *Mitos...*, *op. cit.*, p. 116.

⁶⁷ La posibilidad de acceder a las más altas cotas del poder, desde los estratos más bajos, habla bien de una sociedad que valora los méritos personales. La problemática a que se hace referencia en estas páginas no puede comprender aquello, sino la traslación de reglas de una función social a otra. Sin meditar que, por ejemplo, gobernar no es lo mismo que comerciar o que las artes que rigen la producción de bienes materiales no son las apropiadas para la conducción de las personas hacia su mayor realización material y espiritual posible.

Sobre este tema, PLATÓN, *La República*, II 415a y ss. Acerca de la promoción social en el siglo XVI español, como *leitmotiv* en la magna obra cervantina: Pedro INSUA, *Guerra y paz en El Quijote. El antierasmismo de Cervantes*, pp. 39-55.

⁶⁸ Julio RETAMAL FAVEREAU, “Capitalismo y Latinoamérica”, cuerpo A, p. 2.

⁶⁹ Referente al traspaso a la política de los modelos de análisis económico (oferta y demanda, libre competencia, oligopolios, etc.) es Joseph Alois SCHUMPETER, *Capitalismo, Socialismo y Democracia*, vol. II, pp. 37-89. Una conjetura poderosa, no ajena a la experiencia real, es que por extracción vivencial la burguesía mercantilista suele concentrarse en la buena marcha de la económica y aborrecer la política; con mayor razón la filosofía y la metafísica que le anteceden. En tal sentido, desde el propio pensamiento liberal, véase la reflexión de Ángelo PANEBIANCO, *El poder, el Estado, la libertad. La frágil constitución de la sociedad libre*, 399 pp.

como paradigma de vida o del eterno renacer; menos dejar de considerarlo como símbolo de la vinculación Cielo, Tierra e Inframundo. Fue el hijo de un carpintero quien predicó: “No sólo de pan vive el hombre, sino de toda palabra que sale de la boca de Dios” (Mateo 4, 4)⁷⁰.

Si hasta la comprensión del derecho de propiedad resulta menoscaba sin la cosmovisión antigua y medieval, que sirve de numen a la legalidad política occidental. En vez de profundizar por qué debe ser defendido como un deber natural, una garantía a la libertad y en sí mismo como un “derecho metafísico”, vinculado con el “hogar sagrado” anejo a la familia y sus tradiciones⁷¹(de allí el apellido familiar en el logo de la empresa propia), la garantía se degrada cuando solo importa cuánto sería el “justo precio” o el “valor de mercado” que el Estado debería pagar en caso de expropiación, sin prestar atención a la causal invocada para privar a alguien de lo suyo. La reforma agraria ejecutada en Chile entre los años 1965-1973 no fue tanto ilegítima por las indemnizaciones irrisorias a que dio lugar, sino por revelar el objetivo sistemático de aniquilar una cierta identidad que caracterizaba al Chile tradicional.

XI

Exactamente la misma distorsión ocurre al enfocar las cosas desde la sola óptica del *dharma* (“ley propia”) de los shudras, que inclina hacia la cobertura de las necesidades materiales, a las satisfacciones corporales o apetitos sensuales ligadas al propio cuerpo, pareciéndole inútil o superfluo –propia del ocioso que se dedica a contemplar– todo lo que vaya más allá de esta realidad particular. En tiempos recientes de idiosincrasia con “los de abajo”, la indiferencia hacia lo metafísico se autoproclama con un acento más hostil que en el caso de la burguesía vaishya. Primero: tengamos por cierto lo que a Nicolás Maquiavelo le habría dicho un líder de los Ciompi, grupo de trabajadores que se rebeló en Florencia en 1378:

“No somos quién para pensar en la conciencia; porque cuando personas como nosotros se enfrentan al hambre, la cárcel o la muerte, el miedo al infierno no puede ni debe afectarles”⁷².

⁷⁰ “Todo lo que se recibe, se recibe al modo del recipiente”: Tomás de AQUINO, *Suma Teológica* I, q.76 a 1 ob. 3. La percepción del árbol en la mente del empresario es una forma de ver, que no puede ser la única y excluyente con respecto a otras apprehensiones inmatrimiales y superiores.

⁷¹ Fustel de COULANGES, *La ciudad antigua*, pp. 74-85.

⁷² BRAGUE, *op. cit.*, p. 51.

Segundo: para luego comprobar cómo en épocas recientes dicha negación se ha metamorfoseado en ideología, esto es, en un conjunto de discursos y prácticas sin referencia a un “modelo esencial teleológico” y encaminada a obtener la hegemonía sobre los demás grupos sociales⁷³.

Más precisamente, la cuestión no es que solo descrean de la metafísica clásica, sino que su “subjetividad” característica radica en el hecho de que –por decirlo en el idioma de los propios– hayan decidido combatir al adversario en su propio terreno, constituyendo un contrapunto al discurso dominante⁷⁴. Si la acracia y el anarquismo podían resumirse en la frase “ni Dios, ni Patria, ni Rey”⁷⁵, hoy la indiferencia revierte en relatos ideológicos que niegan las fronteras que separan a esos tres términos de sus contrarios; como niegan todos los demás binarios que estructuran el pensamiento tradicional a objeto de desfondarlo.

¿Es la *hybris* rediviva de Ícaro? ¿Otra vez la tentación *et eritis sicut dii* y la ilusión de que diciendo “Fiat lux”!, podemos recrearlo todo, a nuestro amañó⁷⁶? Sí, pero esta vez con la presencia de un espíritu que le confiere una inflexión e ímpetu distintos, pues ahora debuta una vertiente ideológica del “progreso indefinido” que ya no transita hacia un “nuevo orden” sito en 180° con respecto a la cultura tradicional, sino que promueve una vuelta completa en 360° para culminar en el “caos primitivo”: el océano original, el magma primordial de la igualdad absoluta o la indiferenciación, donde fluyen y reptan espontáneos todos los elementos entremezclados. Como era con anterioridad a la Creación (ahora abominada), ese acto primario en que los materiales fueron distinguidos de entre la “mezcla informe” que reinaba de noche (antes de la luz del día que permite discernir), y que quedó metaforizada en la *Iliada* –según la interpretación de Heráclito (el alegorista)– con la forja del escudo circular de Aquiles, cuando “todos los diversos elementos se separaron del todo compacto que formaban” (canto XVIII)⁷⁷.

Por contra, la progresiva anulación de la metafísica impulsada por aquella Revolución No Logos (Naomi Klein) y que ahora se asume como Caosmosis (Félix Guattari), implica que no cabe jamás distinguir ni discriminar porque todo es indistinto e ilimitado, inclusivo y sin fronteras, por ende, sin posibilidades de diferenciar por su naturaleza intrínseca a nada

⁷³ Jorge LARRAÍN, *Ideología, identidad y hegemonía. De Marx al posmarxismo*, p. 20.

⁷⁴ Un recuento de los pensadores críticos contemporáneos y de sus destinatarios, las nuevas minorías subjetivas revolucionarias, en KEUCHEYAN, *op. cit.*, segunda parte, pp. 111-338.

⁷⁵ Véanse las definiciones de ‘acracia’ y ‘anarquismo’ en Antonio TELLO ARGÜELLO, *Diccionario político*, pp. 12 y 22, respectivamente.

⁷⁶ FRANCISCO JOSÉ FOLCH, “Símbolos de soberbia”, cuerpo E, p. 21.

⁷⁷ HERÁCLITO, *Alegorías de Homero*, n.º 43, pp. 80-81.

ni a nadie. Un buen libro de iniciación al mito griego invita a identificar este estado de cosas con aquel monstruo *ctónico* primordial, que hablaba con las voces de una lengua caótica y simbolizaba la mezcolanza confusa de todas las cosas y aspectos contrarios e incompatibles reunidos en un solo ser, el cual –al principio de los tiempos– no pudo aniquilar el orden impuesto desde el cielo por Zeus⁷⁸.

Conclusiones

Si hemos traído a colación estos antecedentes, es por ser materiales jurídicos de primera necesidad. Extraños, por cierto, para el formalismo que practican aquellas escuelas donde todo se mira desde la supuesta teoría “pura” del derecho, restringida al solo conocimiento del *texto* de la ley, pero con absoluta prescindencia de su *espíritu*. A pesar de que allá (en el *texto*) únicamente se encuentra el efecto y aquí (en el *espíritu*) sus causas, indispensables para entender la razón de ser de aquello que se está ordenando por su intermedio: las leyes no nacen por generación espontánea, pues lo que ellas dicen es lo que se ha pensado y sentido antes. Y lo que se piensa y siente como justo y bueno acontece primero en el plano metafísico de una cosmovisión, que luego discurre por niveles sucesivos de concreción, pasando por una filosofía y una política que le son tributarias, hasta llegar a plasmarse en leyes políticas fundamentales.

En consecuencia, ninguna comprensión o saber cualificado puede alcanzarse respecto al sentido y alcance del constitucionalismo contemporáneo sin comprender antes la Revolución del Tercer Estado, dada la estrecha correspondencia existente entre sus postulados contrarios a la cosmovisión greco-cristiana y los textos constitucionales que bajo su inspiración se dictaron. Menos podrá entenderse, a continuación, que si dicha fractura metafísica adquirió ciertas formas blandas burguesas durante los siglos XIX y XX, ahora en el siglo XXI con la posmodernidad asoman otras más radicales, con que busca ejercer hegemonía un nuevo corro de shudras o sansculottes.

El devenir de los colectivos estamentales es una faceta que no pertenece a la teoría del derecho público a beneficio de inventario, sino que vertebrata una explicación acerca de *por qué* lo constitucional asume tintes revolucionarios o de índole refundacional. Del estamento a la clase y, de ahí, al amasijo de disidencias y facciones, lo mismo que la degradación

⁷⁸ Jean-Pierre VERNANT, *Érase una vez... El universo, los dioses, los hombres*, pp. 19 y 44-46.

del *dharma* o ley propia en privilegio exorbitante y, de ahí, en ideología dominante, a raíz de la descomposición interna de cada casta y el deseo de superponerse unas a otras exorbitando su cometido propio y respectivo saber específico⁷⁹, son todos movimientos profundamente disruptivos de un orden que hoy –más que ayer– pujan por plasmarse en leyes políticas con fines de imposición por la fuerza irreversible del Estado.

Bibliografía

- ALIGHIERI, Dante, *La divina comedia*, en *Obras completas*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2015.
- APPLEBY, Joyce, Lynn HUNT y Margaret JACOB, *La verdad sobre la historia*, Santiago, Editorial Andrés Bello, 1994.
- AQUINO, Tomás de, *Suma Teológica*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2013, tomo III, 2ª parte.
- ARENDRT, Hannah, *Sobre la revolución*, 3ª ed., Madrid, Alianza Editorial, 2017.
- BASTIAT, Frédéric, *La ley*, 2ª. ed, Madrid, Alianza Editorial, 2021.
- BELLO, Andrés, *Obras completas*, Santiago, Pedro Ramírez Impresor, 1886.
- BELLOC, Hilaire, *La crisis de nuestra civilización*, 4ª. ed., Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1950.
- BORGES, Jorge Luis, *Arte poética*, Barcelona, Editorial Crítica, 2001.
- BRAGUE, Rémi, *Manicomio de verdades. Remedios medievales para la era moderna*, Madrid, Ediciones Encuentro, 2021.
- BRAVO LIRA, Bernardino, “Los abogados y el Estado de Chile. Del Estado modernizador al Estado subsidiario. 1758-1998”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 94, Santiago, 1997, Iª parte sección Derecho.
- BRAVO LIRA, Bernardino, “Utrumque ius en la Universidad de Chile 1758-1912. El derecho por encima del poder. Discurso de reapertura de la cátedra de Derecho Canónico”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n.º 18, Santiago, 1999-2000.
- BRETÓN, André, *Manifiestos del surrealismo (1929-1930)*, Buenos Aires, Editorial Argonauta, 2012.

⁷⁹ PLATÓN, *Ion* 541e-542ª, e igualmente en *Apología de Sócrates* 22a8-c8. Para la época anterior a 1789, lo diría así NOVALIS: “Una infinita indolencia lastraba al entonces acomodado gremio clerical; se había estancado, obnubilado por su propio prestigio, víctima de la pereza, mientras los laicos les quitaban de las manos la experiencia y la erudición, avanzando con paso firme en el camino de la cultura. Al olvidarse de su verdadero cometido, el de ser los primeros entre los hombres en cuanto al espíritu, el entendimiento y la educación, su entendimiento resultó secuestrado por los deseos más bajos”. En Georg Philipp Friedrich von HARDENBERG (NOVALIS), *La cristiandad o Europa*, p. 28.

- BUTLER, Christopher, *Posmodernidad. Una breve introducción*, Santiago, Ediciones Universidad Católica, 2020.
- CAMPBELL Joseph, “El nacimiento de Brahman”, en Joseph CAMPBELL, *Mitos de la luz*, Buenos Aires, Editorial Marea, 2017.
- CAMPBELL, Joseph, *Mitos de la luz*, Buenos Aires, Editorial Marea, 2017.
- COULANGES, Fustel de, *La ciudad antigua*, Barcelona, Editorial Iberia, 2000.
- DERRIDA, Jacques, *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2018.
- DUMONT, Jean, *El amanecer de los derechos del hombre. La controversia de Valladolid*, Madrid, Ediciones Encuentro, 2009.
- ECHEVERRÍA, Rafael, *Raíces de sentido. Sobre egipcios, griegos, judíos y cristianos*, Santiago, J.C. Sáez Editor, 2007.
- ESCOHOTADO, Antonio, *Los enemigos del comercio I*, 9ª. ed., Barcelona, Espasa, 2018.
- FOLCH, Francisco José, “Símbolos de soberbia”, en *El Mercurio*, Santiago, 27 de septiembre de 1998.
- FUENTES, Fernando, “La pareja de intelectuales que inspira la política de los Kirchner”, en *La Tercera*, Santiago, 7 de septiembre de 2008.
- FREUND, Julien, *La esencia de lo político*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.
- FUMAROLI, Marc, *El Estado cultural. Ensayo sobre una religión moderna*, Barcelona, Acanalado, 2007.
- GRAVES, Robert y Raphael PATAI, *Los mitos hebreos*, 3ª ed., Madrid, Alianza Editorial, 2022.
- GROSSI, Paolo, *Mitología jurídica de la Modernidad*, Madrid, Trotta, 2003.
- GUATTARI, Félix, *Caosmosis*, Buenos Aires, Ediciones Manantial, 1996.
- GUATTARI, Félix, *La Revolución molecular*, Madrid, Errata naturae Editores, 2017.
- GUÉNON, René, *Autoridad espiritual y poder temporal*, Madrid, Omnia Veritas, s/f.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, “Autoridad y potestad en la organización política”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, tomo IV, Valparaíso, 1980.
- HAHN, Oscar, *Magias de la escritura*, Santiago, Editorial Andrés Bello, 2001.
- HANI, Jean, *In memoriam René Guénon. René Guénon y la política*, Palma de Mallorca, José J. de Olañeta Editor, 2008.
- HARMAN, Willis, *El cambio de mentalidad. La promesa del siglo XXI*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.
- HERÁCLITO, *Alegorías de Homero*, n.º 43, Madrid, Editorial Gredos, 1984.
- HOLLAND, Tom, *Dominio. Cómo el cristianismo dio forma a Occidente*, Barcelona, Ático de los Libros, 2021.
- HOMERO, *Iliada*, prólogo de Carlos García Gual y traducción de Emilio Crespo, Madrid, Gredos, 2014.

- INSUA, Pedro, *Guerra y paz en El Quijote. El antierasmismo de Cervantes*, Madrid, Ediciones Encuentro, 2017.
- JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012.
- JOHNSON, Paul, “¿Ha muerto el Totalitarismo? Nuevas tentaciones para los intelectuales de hoy”, en *El Mercurio*, Santiago, 9 de abril de 1989.
- KEUCHEYAN, Razmig, *Hemisferio izquierda. Un mapa de los nuevos pensamientos críticos*, Madrid, Siglo XXI España Editores, 2013.
- KUKATHAS, Chandran, *El archipiélago liberal*, Santiago, Fundación para el Progreso, 2021.
- LACLAU, Ernesto y Chantal MOUFFE, *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, 3ª ed., Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2015.
- LARRAÍN, Jorge, “La ideología en el tiempo de las luchas parciales”, en *El Mercurio*, Santiago, 19 de diciembre de 2010.
- LARRAÍN, Jorge, *Ideología, identidad y hegemonía. De Marx al posmarxismo*, Santiago, LOM Ediciones, 2022.
- LE GOFF, Jacques, *La civilización del Occidente medieval*, Barcelona, Editorial Paidós, 2019.
- LORAUX, Nicole, *La ciudad dividida. El olvido en la memoria de Atenas*, Buenos Aires, Katz Editores, 2008.
- MAC LAUGHLIN, Jim, *Kropotkin y la tradición intelectual anarquista*, Barcelona, Editorial Ariel, 2017.
- MARCUSE, Herbert, *Un ensayo sobre la liberación*, Ciudad de México, Editorial Joaquín Mortiz, 1969.
- MARX, Carlos, *Tesis sobre Feuerbach*, Barcelona, Ediciones Grijalbo, 1974.
- NINO, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2003.
- NOVALIS (Georg Philipp VON HARDENBERG), *La cristiandad o Europa*, Madrid, Ediciones Rialp, 2021.
- PANEBIANCO, Ángel, *El poder, el Estado, la libertad. La frágil constitución de la sociedad libre*, Madrid, Unión Editorial, 2009.
- PÁNIKER, Agustín, *La sociedad de castas. Religión y política en la India*, Barcelona, Editorial Kairós, 2014.
- PIÑEIRO, Antonio (ed.), *Biblia y helenismo. El pensamiento griego en la formación del cristianismo*, Barcelona, Herder Editorial, 2017.
- PLATÓN, *La República*, edición bilingüe, traducción y notas y estudio preliminar por José Manuel Pabón y Manuel Fernández-Galiano, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- PLATÓN, *Ion*, edición con introducción de Emilio Lledó y traducción y notas de este y de Julio Calonge y Carlos García Gual, en PLATÓN, *Diálogos I*, Madrid, Gredos, 2021.

- PLATÓN, *Apología de Sócrates*, en PLATÓN, *Diálogos I*, Madrid, Gredos, 2021.
- RETAMAL FAVEREAU, Julio, “Capitalismo y Latinoamérica”, en *El Mercurio*, Santiago, 2 de junio de 1989.
- RODRÍGUEZ, Gonzalo, *El poder del mito*, Almuzara, Berenice Editorial, 2020.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Contrato social*, 4ª. ed., Barcelona, Austral-Espasa Libros, 2020.
- SCHUMPETER, Joseph Alois, *Capitalismo, socialismo y democracia*, Madrid, Página Indómita, 2015.
- SCHUON, Frithjof, *Castas y razas*, Barcelona, José J. de Olañeta Editor, 1983.
- SCRUTON, Roger, *Pensadores de la nueva izquierda*, Madrid, Rialp, 2017.
- SÉVILLA, Jean, *Históricamente incorrecto. Para acabar con el pasado único*, 3ª ed., Madrid, El Buey Mudo, 2016.
- SÓFOCLES, *Antígona*, traducción de Assela Alamillo, Madrid, Gredos, 2014.
- SOKAL, Alan Sokal y Jean BRICMONT, *Imposturas intelectuales*, Barcelona, Paidós Ibérica, 1999.
- TELLO ARGÜELLO, Antonio, *Diccionario político*, Madrid, El Viejo Topo, 2012.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, *El antiguo Régimen y la Revolución*, Madrid, Alianza Editorial, 2012.
- VERNANT, Jean-Pierre, *Érase una vez... El universo, los dioses, los hombres*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2020.
- VOEGELIN, Eric, *Las religiones políticas*, Madrid, Trotta, 2014.
- WEABER, Richard M., *Las ideas tienen consecuencias*, Madrid, Ciudadela Libros, 2008.

Siglas y abreviaturas

| | |
|-----------------|-----------------------------------|
| a.C. | antes de Cristo |
| ADN | ácido desoxirribonucleico |
| Clem. | Clement of Rome |
| d.C. | después de Cristo |
| ed. | editor <i>a veces</i> edición |
| etc. | etcétera |
| n.º | número |
| <i>op. cit.</i> | <i>opus citatis</i> (obra citada) |
| p. | página |
| pp. | páginas |
| s/f | sin fecha |
| S. J. | <i>Societatis Iesu</i> |
| ss. | siguientes |

STC Sentencia del Tribunal Constitucio-
nal
vol. volumen

Derechos fundamentales

¿QUIÉN DECIDE?:
EL FALLO DE LA CORTE SUPREMA
DE ESTADOS UNIDOS
DICTADO EN EL CASO ROL 595 US (2022)
NATIONAL FEDERATION OF INDEPENDENT
BUSSINESS Y OHIO CONTRA OSHA

WHO DECIDES?:
THE SENTENCE OF THE SUPREME COURT
OF THE UNITED STATES
RULED IN CASE 595 US (2022)
NATIONAL FEDERATION OF INDEPENDENT
BUSINESS VERSUS OSHA V. OHIO VERSUS OSHA

*Andrea Rosario Íñiguez Manso**

Resumen

El objetivo de este artículo es llevar a cabo un análisis del fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos, causa rol 595 US (2022), que dejó sin efecto el mandato de vacunación dictada por la OSHA.

A partir de lo resuelto por la Corte Suprema de Estados Unidos se pueden profundizar dos temas que tienen importancia para la doctrina judicial. Por una parte, el principio de no delegación y separación de los poderes del Estado y, por otra, la relación que existe entre la ley que crea una agencia de gobierno y los decretos dictados por esas mismas agencias.

Palabras clave: Derechos fundamentales, OSHA, mandato vacunación.

* Doctora en Derecho por la Universidad de los Andes. Profesora de Derecho Constitucional I, Universidad de los Andes. Correo electrónico: rosarioini@gmail.com

Artículo enviado el 28 de abril de 2022 y aceptado para publicación el 29 de agosto de 2022.

Abstract

This article has the purpose to analyze the sentence of the United States Supreme Court in case 595 US (2022), that overturned the vaccine mandate issued by the OSHA.

There are two areas that are important in this sentence for the judiciary doctrine. In the first place, the doctrine of non delegation and separation of power and in second place, the relationship between the law that creates an agency and the executive decrees dictated by those same agencies.

Keywords: Fundamental Rights, OSHA, Vaccine mandate.

Introducción

Con fecha 5 de noviembre de 2021, la OSHA de Estados Unidos, dependiente de la Secretaría del Trabajo, dictó la resolución 86 Fed. Reg. 61402 (2021), que determinó que las personas que trabajen en empresas con más de cien 100 empleados, y que no hayan recibido la vacuna contra el COVID-19, debían ser testeados con cierta regularidad y obligados a usar mascarilla en su lugar de trabajo. El costo de los exámenes exigidos por esta entidad debían ser financiados por el trabajador que no hubiese sido vacunado contra el COVID-19¹.

Ante esta situación, la Federación Nacional de Empresas Independientes y algunos estados de la Unión interpusieron acciones judiciales en contra de estos decretos, las cuales fueron rechazadas por la Corte de Apelaciones de Estados Unidos del Sexto Circuito. Los demandantes recurrieron a la Corte Suprema la cual acogió el reclamo y dejó sin efecto dicho mandato de vacunación.

El fallo de la Corte Suprema, es bastante breve, y no entró en la cuestión de fondo, es decir, no se pronunció sobre las características y efectos de las vacunas contra el COVID-19 ni sobre la conveniencia o no de que los trabajadores se vacunen. La Corte acogió los recursos por una razón de forma, toda vez que estimó que OSHA había sobrepasado sus atribuciones legales, ya que ella debía velar por la seguridad de sus trabajadores en el lugar de trabajo, y que la pandemia es una situación sanitaria cuyo posible contagio es algo que se puede dar en cualquier lugar. Es decir, reconoce que esta administración tiene atribuciones relativas a la seguridad en el lugar de trabajo, mas no en lo relativo a la prevención de enfermedades.

¹ Resolución OSHA 86Fed.Reg. 61402.

Esta publicación tiene como objetivo analizar aquellos elementos que nos parecen ser el eje de este fallo: la relevancia de la separación de los poderes y la relación que existe entre una ley que crea una agencia gubernamental y los decretos que ella puede dictar en el ejercicio de sus funciones.

I. Antecedentes del caso

En el año 1970, el Congreso de Estados Unidos dictó el Acta de Seguridad y Salud Ocupacional (84 Stat. 1590)². La ley creó la OSHA. El objetivo de la ley es:

“Animar a empleadores y empleados en sus esfuerzos para reducir los riesgos para la seguridad y salud en sus lugares de trabajo, y estimular a los empleadores y empleados para que instituyan nuevos y perfeccionar los programas que existe para proveer condiciones de trabajo seguras y saludables” (artículo 2 b1).

La ley autoriza al secretario del Trabajo a fijar estándares obligatorios para la seguridad y salud aplicable al comercio interestatal y que pueda crear una comisión de seguridad y salud ocupacional que cumpla las funciones ejecutivas fundadas en el Acta (2b3).

En virtud de esta ley, en noviembre de 2021, este organismo dictó la resolución de emergencia en la cual ordenó que, en aquellas empresas en las cuales trabajen más de cien trabajadores, los empleados que no estén vacunados contra el COVID-19 deberían someterse a pruebas médicas una vez a la semana y usar de forma obligatoria la mascarilla. El costo de los exámenes antes indicados, y contrario al criterio general de aquella entidad, deberían ser de cargo de los empleados, pues ellos, por propia decisión, habrían optado por no inocularse contra el virus. La resolución establecía ciertas excepciones, por ejemplo, para aquellos trabajadores que laboren vía remota, eso sí, toda la jornada laboral. Si ellos son requeridos de forma presencial en sus lugares de trabajo, debían estar vacunados. Si el trabajo se realiza al aire libre, debería llevarse a cabo en esta modalidad durante toda la jornada, de lo contrario también quedarían dentro de las obligaciones establecidas previamente.

El fundamento por el cual se habría dictado esta resolución era proteger la seguridad laboral de aquellos trabajadores que no tuvieran el esquema de vacunación completa, lo cual sería competencia de OSHA,

² Occupational Safety and Health Act in 1970, 84 (Stat 1590).

en conformidad al Acta de Seguridad y Salud Laboral de 1970. Es decir, no estaba enfocado en la protección de los que ya se han inoculados, sino de los que no lo han hecho, salvo las excepciones antes indicadas.

Finalmente, cabe hacer presente que el trabajador que no cumpliera con los requisitos mandados debía ser removido del lugar de trabajo y en caso de presentarse presencialmente a cumplir sus labores sin las vacunas correspondientes, el empleador podía ser sancionado con una multa cuyos montos fluctúan entre los treces mil hasta los ciento treinta y seis mil dólares, dependiendo de las circunstancias y de la sanción aplicada.

La resolución fue impugnada, por una parte, por un conjunto de veintisiete estados entre ellos: Ohio, Idaho y Kansas y por la National Federation of Independent Business. Las causas fueron acumuladas en la Corte de Apelaciones del Sexto Circuito la cual rechazó todos los reclamos. Los demandantes reclamaron ante la Corte Suprema y su solicitud fue acogida con fecha 13 de enero de 2022³.

II. Contenido de la sentencia

Los argumentos que constituyen los ejes del fallo de la Corte Suprema se refieren a defectos formales de los cuales adolecía el decreto de dicho organismo, infracciones que vulneraban a la separación de los poderes del Estado y el principio de legalidad.

a) “Las agencias son creaturas de sus estatutos⁴ [...] la pregunta es si el Acta derechamente autoriza el decreto del Secretario. No lo hace. El Acta empodera al Secretario para establecer ‘estándares de seguridad en el lugar de trabajo’, no para tomar medidas amplias en materias de salud pública”⁵.

b) En relación con el argumento del gobierno, en cuanto a que el riesgo de contraer COVID-19 cae dentro de la esfera de riesgo laboral, que es competencia de OSHA, la Corte declaró:

“Aunque el COVID-19 es un riesgo que ocurre en muchos lugares de trabajo, en la mayoría de los casos, no es un riesgo ocupacional. COVID 19 se puede y de hecho se expande en el hogar, los colegios, durante evento deportivos y en todos los lugares donde las personas se juntan [...] Permitir que OSHA pueda regular los desafíos de la vida diaria- simple-

³ 595 US Supreme Court, sentencia de fecha 13 de enero de 2022.

⁴ *Op. cit.*, p. 4.

⁵ *Op. cit.*, p. 6.

mente porque la mayoría de los Americanos tienen empleos y enfrentan los mismo riesgos trabajando, significaría expandir la autoridad regularía de OSHA sin una autorización clara del congreso”⁶.

- c) La Corte estimó que esta entidad no podía quedar fuera de las regulaciones que tienen relación con los riesgos asociados al COVID-19. Por ejemplo, cuando el virus reviste un peligro por las características el lugar de trabajo, o a los que trabajan investigando sobre esta enfermedad. El problema es que su mandato no distingue entre “un riesgo ocupacional y un riesgo más general” y, en consecuencia, toma el carácter general de salud pública⁷.
- d) La Corte declaró que no existe ninguna ley emanada del Congreso de Estados Unidos que autoricen un mandato de vacunación contra el COVID. Es más, la ley de nombre Plan Americano de Rescate, aprobado el 11 de marzo de 2021, no dice nada de otorgar atribuciones a OSHA relacionado con los mandatos de vacunación. De hecho, el Senado votó en contra de esta regulación el 8 de diciembre de 2021⁸.
- e) La Corte omitió hacerse cargo del problema de fondo del asunto, es decir, si es que el fin perseguido por dicho mandato, que era disminuir los casos de COVID-19 o bajar el número de defunciones causados por esta enfermedad, son proporcionales a las medidas tomadas por la entidad.

“El Gobierno Federal señala que el mandato salvará alrededor de 6.500 vidas y cientos de miles de hospitalizaciones [...] No es nuestro rol referirnos a estos asuntos. En nuestro sistema de gobierno, que es de responsabilidad de aquellos elegidos democráticamente por el pueblo en procesos democráticos. Si bien el Congreso le ha dado, sin ninguna duda, a OSHA el poder de regular los peligros ocupacionales, no le ha dado a la agencia el poder de regular de manera más amplia la salud pública Exigir la vacunación de 84 millones de Americanos, seleccionados simplemente porque trabajan para empleadores con más de 100 empleados, ciertamente cae en la última categoría”⁹.

⁶ 595 US Supreme Court..., *op. cit.*, p. 7.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Op. cit.*, p. 8.

⁹ *Op. cit.*, p. 9.

III. Voto concurrente de los jueces Neil Gorsuch, Clarence Thomas y Samuel Alito

- a) Dichos jueces concurren al fallo, y plantearon la pregunta que hemos utilizado en el título de este trabajo:

“¿Quién decide? Nadie duda que la pandemia COVID-19 ha planteado desafíos a todos los estadounidenses. La única pregunta es si una agencia en Washington, una que está encargada de supervigilar la seguridad en el trabajo, puede mandar la vacunación o regular el testeado de ochenta y cuatro millones de personas. O si, como lo plantean veintisiete Estados que reclaman ante nosotros, que este trabajo corresponde a los Estados y autoridades de los gobiernos locales en todo el país y aquellos que han sido elegidos por el pueblo como representantes en el Congreso”¹⁰.

En este sentido, los votos concurrentes plantearon otro tema que no fue resuelto por el voto de mayoría del fallo: que la cuestión no solo sería un problema de competencias para una agencia federal específica como es OSHA, sino, también, se trataría de una cuestión de competencias de los gobiernos locales y no del poder federal. Y concluyen que las autoridades locales y las autoridades de los estados de la Unión tienen poderes importantes para “regular la salud pública”¹¹.

b) “El poder del gobierno federal, sin embargo, no son generales, sino limitados y divididos [...] debe actuar de forma consistente con la separación de poderes de la Constitución [...] El mandato OSHA falla en el test de esta doctrina [...] La agencia reclama que tiene poder de reforzar a 84 millones de Americanos a recibir una vacuna o someterse a testeos regulares [...] Pero claramente el Congreso no le ha asignado ese poder a OSHA”¹².

Es decir, el mandato habría generado un problema con el principio de separación de los poderes del Estado.

- c) El voto concurrente de estos jueces plantea otra cuestión que es necesario destacar: la doctrina de la no delegación de poderes. En este sentido, ellos señalan que, conforme al artículo I de la Constitución se entiende que el poder para:

“Crear las leyes que nos gobiernan [...] pertenece a los representantes elegidos por el pueblo. Si las agencias administrativas buscan regular el diario vivir de

¹⁰ 595 US Supreme Court..., *op. cit.*, p. 1.

¹¹ *Op. cit.*, p. 4.

¹² *Op. cit.*, p. 2

las libertades de millones de Americanos, la doctrina dice que por lo menos debe ser posible trazar este poder a una clara autoridad del Congreso”¹³.

El poder del Congreso de legislar, no puede ser delegado en una autoridad administrativa, porque se vulnera la separación de los poderes.

- d) Finalmente, los jueces concluyen algo similar a lo planteado por el voto de mayoría:

“La pregunta no es cómo responder a la pandemia, sino quien tiene el poder de hacerlo. Bajo la ley, como está establecido hoy, el poder descansa en los Estado, el Congreso, no OSHA”¹⁴.

IV. Voto disidente de los jueces

Sonia Sotomayor, Elena Kagan y Stephen Breyer

- a) Al contrario de los votos de mayoría que concurren al fallo, los jueces disidentes analizaron el fondo de la *litis*, es decir, la situación de pandemia y el efecto de las vacunas.

“El Estándar es ‘necesario’ para enfrentar los peligros [...] el testeo, el uso de mascarilla y la vacunación son altamente efectivas –de hecho, esenciales– como mecanismos para reducir el riesgo de transmisión, hospitalización y muerte; y que todos los empleados de todas las edades se enfrentan a riesgos sustancialmente superiores de COVID-19 comparados a sus colegas vacunados”¹⁵.

- b) En opinión del voto disidente, la agencia no se habría extralimitado en sus facultades ya que:

“Siendo consistente con las indicaciones del Congreso, OSHA desde hace mucho que ha regulado los riesgos que surgen dentro y fuera del lugar de trabajo”¹⁶.

Y, si bien el Congreso, cuando dictó el Acta de 1970:

“No le señaló a la agencia establecer Estándares en respuesta a la pandemia del COVID-19 porque ese Congreso no podía predecir el futuro”¹⁷,

¹³ 595 US Supreme Court..., *op. cit.*, p. 5.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Op. cit.*, p. 7.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 9.

- sí le otorgó: “Las herramientas necesarias para confrontar los riesgos que surgen (incluyendo enfermedades contagiosas) en el lugar de trabajo”¹⁸.
- c) Por último, los disidentes hacen presente que no correspondía a la Corte Suprema privar a una agencia federal de las atribuciones para enfrentar la pandemia. No es su función hacer política pública en materias que no son de su experiencia ni de su área de competencia¹⁹.

V. Aspectos doctrinarios relevantes en el fallo

De la lectura del fallo, de sus votos concurrentes y disidentes, deducimos que hay dos aspectos doctrinarios relevantes para las ciencias jurídicas que emanan de él, y que analizaremos en este trabajo. Por una parte, la doctrina de la no delegación de los poderes, que se relaciona directamente con la separación de los poderes del Estado y, en segundo lugar, la relación que debe existir entre un organismo administrativo y su ley habilitante.

A) LA DOCTRINA DE NO DELEGACIÓN Y LA SEPARACIÓN DE LOS PODERES DEL ESTADO

Como podemos deducir del texto del voto de mayoría de este fallo, las doctrinas que subyacen son la de no delegación y la de separación de los poderes del Estado. Ninguna de ellas está definida de forma explícita en la Constitución de Estados Unidos. Por lo tanto, se hace necesario hacer presente en qué consiste la separación de los poderes del Estado y cuál sería una manifestación constitucional.

La Declaración de los Derechos del Hombre de Francia de 1789 señala en su artículo 16: “Una sociedad donde no esté establecida la garantía de Derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”²⁰, es decir, en un país donde no hay separación de los poderes del Estado, no hay Carta Fundamental. La separación de los poderes es un requisito de la esencia para que un texto pueda recibir el nombre de Constitución.

Lo señalado por el texto francés es consistente con la doctrina clásica del derecho constitucional, la cual entiende que ella es un texto que tiene

¹⁸ 595 US Supreme Court..., *op. cit.*, p. 11.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 13.

²⁰ Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano.

como misión la limitación de los poderes del gobernante. La separación de los poderes del Estado tiene un papel primordial en la teoría constitucional. Tanto es así, que en palabras de Carlos Pereira Menaut, este principio “se unió estrechamente al gran acervo constitucional liberal que vino a quedar indisolublemente unido a la idea misma de la Constitución”²¹. La separación de los poderes del Estado surge y se desarrolla “en torno a un objetivo claro y determinado, que no es otro que la limitación del poder”²².

¿Qué es la separación de los poderes del Estado?, ¿cómo se puede definir? Tradicionalmente se entiende que el poder se divide en tres ramas: ejecutivo, legislativo y judicial. Pero ello no basta. Porque en la Inglaterra de Enrique VIII había un monarca (ejecutivo), un poder legislativo (Parlamento) y un poder judicial (tribunales). Pero, claro, todo ello no impidió a Enrique gobernar como un tirano.

Montesquieu sostenía:

“Un Estado es libre cuando ‘el poder detiene al poder’ lo cual únicamente puede conseguirse si este está repartido tanto en la administración del Estado con la sociedad en general y existe un juego de pesos y contrapesos que elimine la posibilidad de concentración de poder”²³.

Lautaro Ríos Álvarez señala que, para que dicha separación:

“Resulte eficaz, es necesario dotar a cada órgano de la independencia y autonomía indispensable para poder servir sus funciones sin depender de la voluntad e interferencia de otro órgano”²⁴.

Un principio fundamental, y que tiene una íntima relación con el principio de la separación de los poderes del Estado es el principio del imperio de la ley. Ello significa que las atribuciones de cada órgano deben de estar establecidas con claridad en la Constitución y las leyes. Ignacio de Otto señala:

“El principio de legalidad exige que no se autorice a la Administración para perseguir libremente sus fines, y que no se concedan apoderamientos en blancos”²⁵.

Para asegurar que un poder no anule las facultades de otro, se establecen diversos mecanismos: que ningún poder puede quedar sin control,

²¹ Carlos PEREIRA MENAUT, *Lecciones de teoría constitucional*, p. 113.

²² José Ignacio MARTÍNEZ ESTAY, “El federalismo y sus supuestos del constitucionalismo y de la constitución”, p. 74.

²³ José OCÁRIZ BRAÑA, *Historia sencilla del pensamiento político*, p. 83.

²⁴ Lautaro RÍOS ÁLVAREZ, “El desequilibrio de poderes”, p. 176.

²⁵ Ignacio de OTTO, *Derecho constitucional sistema de fuentes*, p. 158.

sobre todo para evitar que invada las competencias ajenas. Existen controles entre los mismos poderes. En concreto, en Estados Unidos, el Presidente de la República puede ser objeto de un juicio político por parte del Congreso (artículo 2, sección 4). En Chile, también tenemos controles similares, tanto así que el Senado puede destituir al Presidente (52 n.º 1). Pero hay controles externos, y en Estados Unidos tienen particular importancia los controles judiciales de los actos de la administración, en la cual, en última instancia, resuelve la Corte Suprema. En Chile, dicha función la lleva a cabo la Corte Suprema a través de los recursos de protección y amparo (artículos 20 y 21 de la CPR) y el Tribunal Constitucional (artículo 93 n.º 16 de la CPR).

En principio, la separación de los poderes del Estado le ha reconocido un papel protagónico al legislador en la regulación y limitación de los derechos fundamentales. Tanto es así, y tal como lo señala Eduardo Cordero Quinzacara, que la doctrina moderna le ha dado una gran importancia a: “La separación de los poderes del Estado, la soberanía nacional y el respeto y protección por los derechos fundamentales”²⁶. Es más, la Declaración de los Derechos del Hombre y de Ciudadano de 1789 señala en su artículo 4.º:

“El ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tan sólo tiene como límites que garantizan a los demás [...] tales límites sólo pueden ser determinados por la Ley”²⁷.

Por lo tanto:

“Toda restricción de la esfera de la libertad de los ciudadanos está sujeta al consentimiento expreso de sus representantes, de manera que el ejecutivo, sin ese consentimiento (ley) nada puede hacer por sí solo”²⁸.

La Constitución de 1980, en la misma línea de la Declaración de los Derechos del Hombre y los Ciudadanos, no mira con buenos ojos que las restricciones de los derechos fundamentales se establezcan por la vía de la potestad reglamentaria. Así, el artículo 19 n.º 26 señala que solo le corresponde al legislador limitar los derechos, pero sin afectar su esencia ni establecer tributos, condiciones o requisitos que impidan su libre ejercicio.

El principio de legalidad en materia de regulación de derechos fundamentales va acompañado de los criterios de especificidad y determinación, que:

²⁶ Eduardo CORDERO QUINZACARA, “El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria”, p. 410.

²⁷ Declaración de los Derechos del Hombre..., *op. cit.*

²⁸ CORDERO, *op. cit.*, p. 412.

“Implican que en los casos que la Constitución contemple la posibilidad de que el legislador limite el ejercicio de los derechos y libertades, las restricciones que adopte deberán ser específicas y tendrán que señalarse expresamente qué derechos se verán afectados”²⁹.

Los derechos fundamentales solo pueden ser restringidos por vía ejecutiva cuando con anterioridad se ha declarado un estado de excepción (artículo 40 y s. de la Carta Fundamental). Y, además, se debe tener en cuenta que solo se pueden suspender o restringir aquellos derechos que expresamente señala la Constitución. Por lo demás:

“La regulación de los estados de excepción contiene un sistema interno de pesos y contrapesos [...] con el objeto de, por un lado, brindar potestades extraordinarias para enfrentar anormalidad de que se trate, y por el otro, el control del ejercicio de los poderes”³⁰.

Por otra parte, la doctrina de la no delegación de los poderes del Congreso en el Presidente de la República tendría sus fundamentos en la misma Constitución de Estados Unidos, cuando señala en el artículo 1.º, sección 1:

“Todos los poderes legislativos otorgados por esta Constitución residirán en un Congreso de los Estados Unidos, que estará conformado por un Senado y una Cámara de Representantes”.

Esta doctrina:

“Está basada en la separación de los poderes y busca prevenir al Congreso de renunciar a su labor fundamental de legislar, asignada en el Artículo 1 de la Constitución”³¹.

Es decir, la preocupación fundamental de los denominados Padres Fundadores era que el Poder Legislativo no delegara sus funciones en el Ejecutivo y, en consecuencia, se evitase una excesiva concentración de poder en la Administración. El Congreso debe legislar, el Presidente de la República administrar y ejecutar disposiciones legales³².

Conforme a lo señalado por Martin Edwards, los principios constitucionales de separación de los poderes y la no delegación son fundamen-

²⁹ Alan BRONFMAN y otros, *Constitución política complementada, parte dogmática, doctrinaria y jurisprudencia*, pp. 42-43.

³⁰ Pablo CONTRERAS VÁSQUEZ y otros, *Diccionario constitucional chileno*, p. 436.

³¹ Todd GARVEY *et al.*, “Congress authority influence and control of executive branch agencies”, p. 9.

³² Mary WOODWARD, “Executive orders: a journey”, p. 92.

tales para la protección de la libertad en nuestro sistema constitucional³³. Estamos de acuerdo con dicha afirmación. Y no solo tiene relevancia en el sistema constitucional de Estados Unidos, sino en el de cualquier Estado que se precie de ser verdaderamente democrático, sobre todo en un régimen presidencial. Ello, porque es en el Congreso donde se lleva a cabo una deliberación más abierta y ordenada de los proyectos de ley que en él se tramitan, lo que no ocurre cuando la Administración dicta un decreto ejecutivo. Por lo demás, la experiencia histórica, relativa a delegación de poderes legislativos en el Ejecutivo, ha demostrado convertirse en un camino para que una democracia se transforme en un régimen totalitario. Basta recordar el desastroso resultado de la Ley de Autorización de Alemania de 1933³⁴.

*B) LA RELACIÓN ENTRE LAS AGENCIAS ADMINISTRATIVAS
Y LA LEY QUE REGULA SUS FUNCIONES*

Si bien no hay norma escrita en la Constitución de Estados Unidos que autorice al Congreso a crear agencias administrativas³⁵, ellas han sido establecidas con el objetivo de facilitar la función del Ejecutivo en su papel de administrador del Estado. Sin embargo, debemos tener presente que el establecimiento de estas agencias, sus competencias y controles tienen ciertos requisitos y límites.

En primer lugar, ellas son creadas por ley y sus funciones también deben estar establecidas por esta vía. Kamer Cazor Aleste y Francisco Pffefer Urquiaga sostienen, a propósito de la potestad de ejecución de la ley, que para que ella pueda ser ejercida “requiere, por regla general, de un previo apoderamiento legal”³⁶. Jorge Bermúdez Soto señala:

“La vinculación positiva de la Administración en este sentido trae como consecuencia que ésta podrá realizar sólo aquello para lo cual fue autorizada y nada más”³⁷.

³³ Martin EDWARDS, “Who’s exercising what power: Toward a judiciary-manageable nondelegation doctrine”, p. 92.

³⁴ Dicha ley permitió a Adolf Hitler “aprobar presupuestos y promulgar leyes durante cuatro años: incluidas leyes que modificasen la constitución, sin necesidad de aprobación parlamentaria [...] la Ley de Autorización se renovó en 1937[...] Hitler la declaró perpetua en 1943”. Véase Michael BURGALIGH, *El tercer reich, una nueva historia*, p. 187.

³⁵ GARVEY *et al.*, *op. cit.*, p. 1.

³⁶ Kamel KAZOR ALESTE y otro, “La búsqueda de criterios orientadores en la configuración de las potestades legislativas en Chile”, p. 210.

³⁷ Jorge BERMÚDEZ SOTO, “El principio de legalidad y nulidad de derecho público en la Constitución Política para la aplicación del derecho común”, p. 275.

Y estas deben establecer de forma expresa, específica, cuáles son las atribuciones de la agencia. Ello es importante puesto que la discrecionalidad con que actúa la Administración será directamente proporcional a la ambigüedad de la ley que lo regula³⁸.

Las agencias son creadas y sus atribuciones son establecidas por ley. Es evidente que, para lograr sus objetivos, dichas agencias tienen las facultades de dictar normativas que les permita llevar adelante su mandato legal. La pregunta es, ¿cómo controlar que ellas no se desvíen de sus atribuciones? Esto no es un tema menor, pues sus regulaciones tienen como consecuencia “imponer obligaciones legales a los ciudadanos”³⁹. El control judicial aparece como una forma válida para evitar desviaciones de poder, sobre todo para evitar abusos y que la administración pueda regular materias que son de competencia del Congreso.

Esto nos deriva a otro punto, ¿cuáles son los criterios interpretativos que deberían tener a la vista los tribunales cuando se plantea una *litis* de esta naturaleza en sede judicial? En nuestra opinión, la interpretación de las leyes que regulan a estas agencias debe llevarse a cabo con ciertos criterios restrictivos. En consecuencia, el ejercicio de las atribuciones de la Administración implica un estricto apoyo en el texto de la ley. Una interpretación que los estadounidenses llamarían textualista u originalista⁴⁰, en la cual, como sostenía el juez Antonin Scalia:

“El rol del juez se debe limitar a la protección de derechos legales que tienen los individuos que no sean privados de ellos por la rama política del gobierno”⁴¹.

Junto al criterio interpretativo textualista, es necesario mencionar aquel mecanismo que intenta desentrañar la intención que tuvo el legislador cuando dicta la ley que crea el organismo administrativo y que determina sus atribuciones. Ello tendría importancia capital, sobre todo cuando se plantean en sede judicial, las cuestiones sobre la interpretación de un estatuto que regula a una agencia administrativa.

Sin embargo, ¿es posible que un juez pueda desentrañar la intención del Poder Legislativo, cuando es un órgano colegiado con cientos de integrantes? Pareciera ser que la respuesta sería negativa. Según Max Rodin:

³⁸ Frank H. EASTBROOK, “Judicial discretion in statutory interpretation”, p. 3.

³⁹ Erice NEWLAND, “Executive orders in court”, p. 871.

⁴⁰ Frente a las posturas originalistas se encuentran aquellas que entienden que el texto constitucional es un instrumento vivo en construcción. Véase Jack M. BALKIN, “Framework originalism and the living constitution”.

⁴¹ Glen Staszewski, “Textualism and the executive branch”, p. 156.

“Aún cuando los contenidos de la mente de los legisladores fueran uniformes [...] salvo por conductas exteriores de cientos de hombres y en todos los casos el único acto eterno es extremadamente ambiguo [...] puede estar motivados en literalmente cientos de formas”⁴².

En el mismo sentido se manifiestan Jody Freeman y J.R. DeShazo, quienes opinan que es muy difícil para un juez interpretar las leyes que regulan las agencias usando igual técnica de desentrañar la intención de 535 [legisladores], ya que no se puede pretender que piensen igual⁴³.

En nuestra opinión, la Corte Suprema, en el caso en comento, no intentó desentrañar cuál era la intención del legislador en 1970 cuando dictó el Acta de Seguridad Ocupacional que permitió la creación de OSHA. Pero tampoco admitió una interpretación evolutiva (tal como insinúa el voto disidente, en cuanto a que se le deba permitir regular cuestiones que no están estrictamente relacionadas con la seguridad laboral). Si en 1970 no se previó la emergencia causada por el COVID-19, la entidad no puede, en 2021, pretender regular ámbitos relacionados con la salud, puesto que se necesitaría una nueva legislación habilitante tramitada en el Congreso.

Para resolver este caso, en nuestra opinión la Corte Suprema solo habría utilizado un mecanismo de interpretación restrictiva del estatuto jurídico de 1970, que la creó y le otorgó sus atribuciones. Y este argumento está en directa relación con la importancia que tienen los jueces para evitar que la Administración reemplace las opciones del Congreso, a través de órdenes ejecutivas⁴⁴. De nada sirve que existan organismos dedicados a la protección de los derechos fundamentales si no se respeta el principio de separación de los poderes del Estado⁴⁵.

Conclusiones

Este artículo ha tenido como objetivo analizar el fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos dictado en el caso OSHA. La emergencia sanitaria causada por el COVID-19 ha supuesto diversos desafíos para los países democráticos, sobre cómo enfrentar esta cuestión, con pleno respeto a los

⁴² Max RODIN, “Statutory interpretation”, p. 871.

⁴³ Jody FREEMAN *et al.*, “The congressional competition to control delegated power” pp. 15-16.

⁴⁴ Jack Michael BEERMANN, “Congressional Administration”, p. 103.

⁴⁵ Carlos HAKANSSON Nieto, “La importancia de los aportes de la teoría constitucional clásica frente al llamado constitucionalismo moderno”, p. 430.

principios de legalidad y el respeto de los derechos fundamentales de la persona.

Las decisiones tomadas por los gobiernos para enfrentar la emergencia no han estado exentas de críticas, sobre todo porque han supuesto una interferencia en los derechos de las personas, tales como: El derecho al trabajo, libertad de culto, libertad para desplazarse, el derecho a la educación. Tales restricciones de derechos probablemente no se veían en Estados Unidos desde la Segunda Guerra Mundial y en Chile desde el gobierno militar, sobre todo en lo que fueron las restricciones que se extendieron desde 1973 a 1978.

Hemos tenido una emergencia sanitaria. Pero a continuación nos debemos preguntar, ¿cómo lo enfrentamos? O, más bien, el tema es, ¿da lo mismo el cómo se toman las medidas para poder controlar la situación? La respuesta que da este fallo de la Corte Suprema es negativa. No da lo mismo. Es verdad que el COVID-19 ha impuesto desafíos para los gobiernos democráticos. Pero ello no justifica que las medidas sanitarias se puedan tomar ignorando ciertos principios, que son fundamentales en una democracia como son la separación de los poderes del Estado, la no delegación de los poderes y la interpretación restrictiva de los estatutos que le otorgan los poderes a la Administración.

Es decir, las formas importan, y son tan relevantes como el contenido, el fondo de la decisión. El derecho público es un derecho de ritos, de solemnidades, las cuales son tan importantes como el contenido. En este mismo sentido, nuestra Constitución es clara: ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias –como la emergencia sanitaria actual– los poderes del Estado se pueden atribuir otra función que no sea aquella que les ha otorgado expresamente la Constitución y la ley (artículo 7 inciso 2.º). Como bien señala Eduardo Soto Kloss: “La competencia será siempre específica formal y expresamente prevista por la Constitución y la ley”⁴⁶. El respeto por las formas en el derecho público es fundamental para que se respeten los derechos fundamentales de las personas⁴⁷.

La Corte Suprema de Estados Unidos también lo entendió así. Hay una emergencia, sí, pero ello no justifica que una agencia estatal que tiene como función velar por la seguridad de los trabajadores en sus lugares de trabajo, pueda ir más allá de sus atribuciones e intentar diseñar políticas que corresponden a las autoridades sanitarias.

Estamos de acuerdo con lo resuelto por la Corte Suprema de Estados Unidos en este caso. En derecho público no existe el principio de auto-

⁴⁶ Eduardo SOTO KLOSS, *Derecho administrativo, temas fundamentales*, p. 136.

⁴⁷ Ángela VIVANCO MARTÍNEZ, *Curso de derecho constitucional, aspectos dogmáticos de la constitución de 1980*, p. 118.

nomía de la voluntad, las autoridades –por muy buenas intenciones que tengan– no pueden ejercer funciones que no le hayan sido expresamente otorgadas por la Constitución y las leyes. Adherir a una tesis contraria no sería sino aceptar que las autoridades administrativas tienen atribuciones implícitas o que ante una emergencia (por cierto, emergencia calificada por ellas mismas) podrían tomar cualquier decisión fuera de la ley, lo cual nos llevaría por un camino directo a un régimen autocrático.

En definitiva, ¿quién decide cómo se enfrenta la emergencia sanitaria? La respuesta es simple: Las autoridades públicas, pero teniendo presente que nunca, ni aun a pretexto de circunstancia extraordinaria, podrán actuar fuera de la Constitución o la ley.

Bibliografía

- BALKIN, Jack M., “Framework originalism and the living constitution”, in *Northwestern Law Review*, vol. 103, No. 2, Chicago, 2009.
- BEERMANN, Jack Michael, “Congressional Administration”, in *San Diego Law Review*, vol. 43, San Diego, 2006.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge, “El principio de legalidad y nulidad de derecho público en la Constitución Política para la aplicación del derecho común”, en *Revista de Derecho Público*, vol. 70, Santiago, 2015.
- BRONFMAN, Alan y otros, *Constitución política complementada, parte dogmática, doctrinaria y jurisprudencia*, Santiago, Legal Publishing, 2012.
- BURGALEIGH, Michael, *El tercer reich, una nueva historia*, Madrid, Taurus, 2002.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo, “El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, tomo XXXII, Valparaíso, 2009.
- CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo y otro, *Diccionario constitucional chileno*, Santiago, Cuadernos del Tribunal Constitucional n.º 55, 2014.
- EASTBROOK, Frank H., “Judicial discretion in statutory interpretation”, in *Oklahoma Law Review*, vol. 57, No. 1, Oklahoma, 2004.
- EDWARDS, Martín, “Who’s exercising what power: Toward a judiciary-manageable nondelegation doctrine”, in *Administrative Law Review*, vol. 68, Issue 1, Washington DC, 2006.
- FREEMAN, Jody *et al.*, “The congressional competition to control delegated power” in *University of California School of Law Research Paper*, No. 02-24. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=324482 [fecha de consulta: 9 de abril de 2022].
- GARVEY, Todd *et al.*, “Congress authority influence and control of executive branch agencies”, in *Congressional Research Service*, May 2021. Disponible en <https://sgp.fas.org/crs/misc/R45442.pdf> [fecha de consulta: 9 de abril de 2022].

- HAKANSSON NIETO, Carlos, “La importancia de los aportes de la teoría constitucional clásica frente al llamado constitucionalismo clásico”, en José Ignacio MARTÍNEZ ESTAY y otro (eds.), *La primacía de la persona humana*, Santiago, Legal Publishing, 2009.
- KAZOR ALESTE, Camel y otro, “La búsqueda de criterios orientadores en la configuración de las potestades legislativas en Chile”, en *Ius et Praxis*, vol. 15, n.º 1, Talca, 2014.
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio “El federalismo y sus supuestos del constitucionalismo y de la constitución”, en Alan BRONFMAN VARGAS, Celso CANCELADA Outeda, José Ignacio MARTÍNEZ ESTAY y Marcela PEREDO ROJAS (coords.), *Política, Derecho y Constitución*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021.
- NEWLAND, Erice, “Executive orders in court”, in *Yale Law Journal*, vol. 124, New Haven, Connecticut, 2015.
- PEREIRA MENAUT, Carlos, *Lecciones de teoría constitucional*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1988.
- OCÁRIZ BRAÑA, José, *Historia sencilla del pensamiento político*, Madrid, Rialp, 1988.
- OTTO, Ignacio de, *Derecho constitucional sistema de fuentes*, 2ª ed., Barcelona, Ariel Derecho, 1988.
- RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, “El desequilibrio de poderes”, en *Revista de Derecho Público*, número especial, Santiago, 2018.
- RODIN, Max, “Statutory interpretation”, in *Harvard Law Review*, vol. 43, Cambridge, Massachusetts, 1930.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho administrativo, temas fundamentales*, 2ª ed., Santiago, Legal Publishing, 2010.
- STASZWESKI, Glen, “Textualism and the executive branch”, in *Michigan State Law Review*, vol. 2009, Michigan, 2009.
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela, *Curso de derecho constitucional, aspectos dogmáticos de la constitución de 1980*, 2ª ed., Santiago, Universidad Católica de Chile, 2006, tomo II.
- WOODWARD, Mary, “Executive orders: a journey”, in *Legal Reference Services Quarterly*, vol. 10, Issue 3, 1990. Disponible en https://doi.org/10.1300/J113v10n03_07 [fecha de consulta: 5 de abril de 2022].

OTROS DOCUMENTOS

- 595 US Supreme Court, sentencia de fecha 13 de enero de 2022. Disponible en www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/21a244_hgci.pdf [fecha de consulta: 19 de abril de 2022].
- Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano. Disponible en https://tratadoseuropeos.eu/Documentos/Declaracion_de_los_Derechos_del_Hombre_y_del_Ciudadano.pdf [fecha de consulta: 19 de abril de 2022].
- Occupational Safety and Health Act in 1970, 84 (Stat 1590). Disponible en www.osha.gov/laws-regs/oshact/completeoshact [Fecha de consulta: 19 de abril de 2022].

Resolución OSHA 86Fed.Reg. 61402. Disponible en www.osha.gov/sites/default/files/laws-regs/federalregister/2021-11-05.pdf [fecha de consulta: 19 de abril de 2022].

Siglas y abreviaturas

| | |
|------------------------|---|
| <i>al.</i> | <i>alii</i> |
| COVIDI-19 | coronavirus disease, 19 representa el año en que surgió |
| CPR | Constitución Política de la República |
| coords. | coordinadores |
| DC | District of Columbia |
| ed. | edición |
| Fed. | Federal |
| https | Hyper Text Transfer Protocol Secure |
| <i>ibid.</i> | <i>ibidem</i> (allí, en ese mismo lugar) |
| n.º <i>a veces</i> No. | número |
| <i>op. cit.</i> | <i>opus citatis</i> (obra citada) |
| OSHA | Occupational Safety and Health Administration (Administración de Seguridad y Salud Ocupacional) |
| p. | página |
| pp. | páginas |
| Reg. | Register |
| s. | siguiente |
| Stat. | Statute |
| US | United State |
| vol. | volumen |
| www | World Wide Web |

VACUNACIÓN OBLIGATORIA FRENTE A LA COVID-19 EN EL PERÚ, LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA Y LIMITACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

COMPULSORY VACCINATION AGAINST COVID-19 I PERU, DEMOCRATIC LEGITIMACY AND LIMITATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

*L. Alberto Huamán Ordóñez**

Resumen

La legitimación democrática en el Estado constitucional se afina en los procesos electorales, para avalar el ejercicio del poder así como para fundamentar la limitación de derechos fundamentales, como ejercicio extremo del espacio entre autoridad y libertad siempre presente en las sociedades actuales. Desde la filosofía, así como de la teoría política y el constitucionalismo, tal titularidad es otorgada al Parlamento con toda pacificidad. No obstante, atendiendo a la complejidad de la obra legislativa y la necesidad de que los poderes públicos deban actuar en procura de los ciudadanos, en la actualidad es asumido que el Ejecutivo, como cabeza de la Administración, puede limitar derechos fundamentales lo que es validado por la jurisprudencia constitucional quien entiende que esto es parte de las competencias técnicas en su calidad de poder público. En dicho contexto, a través del presente ensayo procederemos a analizar si es posible que la vacunación obligatoria frente a la COVID-19 se constituya en un espacio de laxamiento de la legitimación democrática con el propósito de salvaguardar la salud de la comunidad en un escenario actual de continua incertidumbre que se enfoca en otorgar respuestas sobre la marcha de acontecimientos hasta hace poco impensados para los Estados modernos que, atendiendo a este nuevo escenario pone en cuestionamiento el frágil equilibrio entre libertad y autoridad.

* Abogado por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo (Perú). Estudios de Maestría en Gerencia Pública por EUCIM Business School (España). Correo electrónico: e.abogados.chiclayo@outlook.com

Artículo enviado el 16 de julio de 2022 y aceptado para publicación el 24 de agosto de 2022.

Palabras clave: Políticas públicas, derechos fundamentales, vacunación obligatoria, limitación de derechos fundamentales, Poder Ejecutivo.

Abstract

Democratic legitimacy in the constitutional State is based on electoral processes, to endorse the exercise of power as well as to support the limitation of fundamental rights, as an extreme exercise of the space between authority and freedom, always present in today's societies. From philosophy, as well as from political theory and constitutionalism, such ownership is granted to Parliament with all peace. However, considering the complexity of the legislative work and the need for public authorities to act in pursuit of citizens, it is currently assumed that the Executive, as head of the administration, can limit fundamental rights, which is validated by constitutional jurisprudence who understands that this is part of the technical competences in its capacity as public power. In this context, through this essay we will proceed to analyze whether it is possible for mandatory vaccination against COVID-19 to become a space for loosening democratic legitimacy with the purpose of safeguarding the health of the community in a current scenario. of continuous uncertainty that focuses on providing answers on the progress of events until recently unthinkable for modern States, attending to this new scenario calls into question the fragile balance between freedom and authority.

Keywords: Public politics, fundamental rights, compulsory vaccination, limitation of fundamental rights, executive power.

Introducción

La Revolución francesa de 1789 marcó el inicio de los tiempos modernos, generando el advenimiento del Estado de derecho como lo precisa Raymond Carré de Malberg “en oposición al Estado de policía”¹, así como la ley que desplaza a los mandamientos subjetivos del gobierno regio entendiendo los revolucionarios que, de tal manera, se aseguraba la sana existencia de la comunidad frente a un extenso periodo de gobierno de los reyes, caracterizado por la arbitrariedad y privilegios de los gobernantes que rivalizaban con continuos periodos de carestía evidenciada –entre otros eventos– en la Guerra de las Harinas de 1775²: necesidad, inviernos

¹ Véase Luis VILLAR BORDA, “Estado de derecho y Estado social de derecho”, p. 7.

² Florence GAUTHIER, “De “la economía moral” a “la economía política popular”, p. 399.

desgastantes y frecuentes guerras que ponían a Francia al borde de la quiebra, motivando el radical cambio del estado de cosas como era conocido:

“En Francia, en la revolución del siglo XVIII, auspiciada por el grupo jacobino con Robespierre a la cabeza, se realiza un acto violento con la ejecución del rey y de su esposa. El orden del derecho se expresa en la Declaración de los Derechos Universales del Hombre y del Ciudadano. La revolución se anuncia en el tiempo con la promulgación de un nuevo calendario, con meses y días que reflejan los de la naturaleza. Desde ahora, todo será diferente”³.

A diferencia de su par inglés, esto es, de la Gloriosa Revolución de 1688 en la que “su gloria consistió en el triunfo final del Parlamento sobre la Corona”⁴, sin desaparecer esta última en la interminable lucha entre católicos y protestantes; la revolución continental buscaba tajantemente cerrar filas ante la arbitrariedad real que afrentaba vitales bienes jurídicos tales como la libertad, la igualdad y la fraternidad:

“Ilustración significa el abandono por parte del hombre de una minoría de edad cuyo responsable es él mismo. Esta minoría de edad significa la incapacidad para servirse de su entendimiento sin verse guiado por algún otro. Uno mismo es el culpable de dicha minoría de edad cuando su causa no reside en la falta de entendimiento, sino en la falta de resolución y valor para servirse del suyo propio sin la guía del de algún otro. Sapere aude! ¡Ten valor para servirte de tu propio entendimiento! Tal es el lema de la ilustración”⁵.

En suma, la Revolución francesa conllevaría a encumbrar la racionalidad humana y la capacidad del ser humano de decidir por sí mismo al punto tal que, posteriormente al 14 de julio de 1789 ante la potencial represalia de la nobleza, surgió entre los campesinos el *Gran miedo* para preservar lo ya ganado por la revolución gala⁶.

No es casual que, en el calor de la racionalidad y de las emociones, los revolucionarios reiteren la recuperación de la libertad como espacio de autorrealización de las personas en un mundo que les era negado, de fuerte sustento medieval, donde esta se encontraba reservada para los nobles; para el pueblo, la libertad parecía tratarse de un mal chiste contado al

³ Luis VILLORO, “El concepto de revolución”, p. 9.

⁴ Miguel Ángel MARTÍNEZ RODRIGUEZ, “Inglaterra: de la Restauración a la Gloriosa”, p. 183.

⁵ Immanuel KANT, “Contestación a la pregunta: ¿Qué es la ilustración?”, p. 287.

⁶ Sigrid Bethsabe BRAVO MÉNDEZ, “El gran pánico de 1789: la Revolución francesa y los campesinos”, pp. 234-238. Más ampliamente, Georges LEFEBVRE, *El gran pánico de 1789. La Revolución francesa y los campesinos, passim*.

abrigo de un candil extenuado y una comida parca. De allí es que, para Allan Brewer-Carías, dicho valor, bien jurídico, principio y derecho “se constituyó [...] como un freno al Estado y a sus poderes, produciéndose así el fin del Estado absoluto e irresponsable”⁷.

Por otro lado, además de la libertad, el pueblo reclamaba la igualdad en un escenario histórico donde las diferencias eran abiertamente acentuadas. Para el común de los mortales, la libertad era un bienpreciado que el gobierno regio y la religión se negaban a entregarles: por cierto, la igualdad es parte del grito revolucionario materializado en la Declaración Francesa de los Derechos Humanos (1789), que más tarde, para garantizarla, se ubicará en la parte introductoria de los textos constitucionales actuales. No le ha faltado razón a Jörg Polakiewicz para sostener:

“La Declaración francesa de los Derechos Humanos enuncia un derecho de libertad general en su artículo 4 antes de enumerar las diferentes libertades específicas”⁸.

Además de la libertad y de la igualdad, el pueblo –feliz categoría política, social y jurídica junto a la del ciudadano– reclamaba para sí la fraternidad la cual, en palabras de Ángel Gabilondo Pujol “se muestra con aire de extremismo y funciona como una conjuración de amenazas de desunión y estallido social”⁹. Los hombres entendían que la constitución de un mandamiento unitario a través del Parlamento, como visible expresión de la voluntad general rousseauiana, solo era posible si todos los hombres –primero de Francia, luego de Europa y más tarde del mundo– se unían en un propósito común más allá de sus meras existencias corpóreas. La fraternidad es una categoría relacionada al bien común al punto tal que no solo se recoge de modo oficial en la Constitución gala de 1848, sino que, incluso, es jurisprudencialmente reconocida en tiempos actuales por la Corte Constitucional, entendiéndose, de modo expreso, que “es un principio de valor constitucional”¹⁰. Había, entonces, tanto de racionalidad como de euforia en la exigencia de arrebatarse al Rey la felicidad de los hombres en aquello que se llamaría, a manera de emblema, los derechos del hombre y del ciudadano en el documento político-jurídico del mismo nombre (1789).

⁷ Allan BREWER-CARIÁS, “Los aportes de la revolución francesa al constitucionalismo moderno y su repercusión en Hispanoamérica a comienzos del siglo XIX”, p. 114.

⁸ Jörg POLAKIEWICZ, “El proceso histórico de la implantación de los derechos fundamentales en Alemania”, p. 27.

⁹ Ángel GABILONDO PUJOL, “El árbol de la libertad y la guillotina: Hegel y la Revolución Francesa”, p. 265.

¹⁰ STC, n.º 2018-717/718, 2018.

Al abrigo de la triple proclama de libertad, igualdad y fraternidad, que pretende reemplazar de la conciencia de los ciudadanos al Dios hebreo uno y trino; la espontaneidad del proceso revolucionario ante “una Francia en donde la gente está orgullosa del título de ciudadano”¹¹, fue tal que el reguero de pólvora revolucionario expandido febrilmente por toda Europa se mantuvo firme, incluso frente a la Santa Alianza de 1815 que, si bien alegaba mantener la cristiandad pretendía retornar, en realidad, al gobierno de los reyes viéndose apabullado dicho intento por las ideas republicanas que circulaban, con firmeza, en este nuevo mundo.

Ahora bien, si retornamos al presente y nos situamos en el escenario de la COVID-19, en el cual surge la vacunación obligatoria frente al escenario incierto en que se vive para asegurar la vida de las personas. Dicha situación, en el ámbito constitucional y administrativo, nos lleva a indagar respecto de si ello es viable dentro del proceso democrático que abrazan los Estados modernos que normalmente implica otorgar la limitación de derechos fundacionales de la persona al Parlamento, mas no a otro poder estatal. En tal orden de ideas, analizaremos si es posible que la administración, como cabal expresión del Ejecutivo, pueda acudir extraordinariamente a tal medida considerando que esto podría ser entendido como una extralimitación de las competencias gubernamentales que le han sido otorgadas por el pueblo para garantizar su felicidad tanto como su vida, su dignidad y, por supuesto, su seguridad, pero que se ponen a prueba frente a estos escenarios de incertidumbre que bien pueden poner en jaque al propio Estado constitucional.

I. Materiales y métodos

Realizamos el presente ensayo, al amparo de una investigación cualitativa en tanto los métodos de investigación aplicados se basan en el histórico a través del cual estudiaremos la vacunación obligatoria como posibilidad en el espacio concreto de la COVID-19, es decir, la pandemia como limitante de derechos fundamentales. Estudiaremos sus posibilidades dentro del proceso democrático dado que, por lo general, es el Parlamento y no el Ejecutivo el autorizado política y jurídicamente para tal limitación lo que podría avalar que se encuentre habilitado este último a imponer tal medida extrema con el propósito de garantizar la salud de los ciudadanos. Cabe indicar que, atendiendo a la naturaleza propia de la investigación cualita-

¹¹ Nathalie HIRSCHSPRUNG, “El vocabulario de la Revolución Francesa”, p. 50.

tiva, el estudio se limita a analizar tales aspectos acudiendo, en cuanto es necesario, a la doctrina y la jurisprudencia con el propósito de reforzar la interpretación realizada de manera tal que no pretendemos probar hipótesis alguna.

II. Resultados y discusión

2.1. LA LIBERTAD COMO ETERNO PROBLEMA DE LA CULTURA ACTUAL FRENTE A LA SEGURIDAD

La libertad es un bien altamente apreciado por el hombre; bien podemos sostener que se ubica (con justicia o no) en el sitio mismo de la subsistencia dado que se afianza en el hombre como especie. La naturaleza humana, más allá de su carácter confrontacional típico, se encuentra también ligada con fuerza a la libertad llevando a sostenerse, de acuerdo con Alfredo Marcos, que esta última cabe ser materia de conceptualización:

“Más por su razón que por su pertenencia a la natura, más por su libertad que por sus condicionamientos innatos, más por sus aspiraciones y proyectos voluntarios que por el punto de partida de su nacimiento”¹².

Como especie, el hombre reclama su libertad entendida como autodeterminación sobre sí mismo, lo que le ha llevado a no encontrarse satisfecho con lo que tenía, emprendiendo, rápida e inicialmente, conflictos para preservarla.

Ahora bien, cabe indicar que no todos los hombres tienen el entendimiento suficiente para comprender y aceptar que su libertad, dentro de una vida en comunidad, implica la de otros dado que, de acuerdo con David Hume, “el deseo de mostrar nuestra libertad es el único motivo de nuestras acciones”¹³ conllevando a una fuerte disputa histórica entre autoridad y libertad, que se mantiene vigente hasta nuestros días. En buena cuenta, gran parte de la historia de la especie y, por ende, de la civilización, se expresa de manera gráfica a través de la confrontación entre lo que se tiene y se quiere; frente al cómo es que se puede tener y querer para no acabar siendo presa del sujeto insatisfecho con la libertad de otros.

En este sentido, la libertad es un eterno problema en el debate sobre lo que puede hacer o no el individuo, atendiendo a que este último es una categoría propia de la biología y la psicología que tiene un papel residual

¹² Alfredo MARCOS, “Filosofía de la naturaleza humana”, p. 186.

¹³ David HUME, *Tratado de la naturaleza humana*, p. 395.

en la historia del derecho. Individuo y libertad no es una composición que asegure la existencia de la comunidad, de manera tal que, la filosofía se esfuerza en desarrollar la idea de la persona como un individuo dotado de racionalidad¹⁴; en tanto, el derecho objetivo, en establecer la categoría de persona, como sujeto de derechos y obligaciones, con el propósito de asegurar la libertad de dicho sujeto y la de los demás¹⁵.

No le ha faltado razón a la filosofía para preocuparse de la libertad como problema de la comunidad con las siguientes expresiones:

“El hombre ha nacido libre y, sin embargo, por todas partes se encuentra encadenado. Tal cual se cree el amo de los demás, cuando, en verdad, no deja de ser tan esclavo como ellos. ¿Cómo se ha verificado este camino? Lo ignoro. ¿Qué puede hacerlo legítimo? [...] lo que el hombre pierde por el contrato social es su libertad natural y un derecho ilimitado a todo cuanto le apetece y puede alcanzar: lo que gana es la libertad civil y la propiedad de todo lo que posee. Para no equivocarse en estas complicaciones es preciso distinguir la libertad natural, que no tiene más límite que las fuerzas del individuo, de la libertad civil, que está limitada por la voluntad general”¹⁶.

Ahora bien, con la aparición de los Estados modernos, se entiende que el hombre sacrifica su libertad por la exigencia de seguridad¹⁷, de modo tal que, solo así se asegura la vida en la comunidad a través de la voluntad general.

En el ámbito sociológico, la voluntad general no es más que la expresión del aquietamiento de las pasiones humanas que, con gesto altruista, descansan en la sana consideración de los derechos de los demás de tal forma que la fuerza individual –muchas veces rayana en la brutalidad humana– se desplaza hacia el Estado, como un todo organizado abstraído de quienes le integran, a quien se le otorga el privilegio de la violencia expresa o simbólica para el bien común y el interés público como categorías constitucionales y administrativas, respectivamente. En este punto, como lo precisa el Tribunal Constitucional, la seguridad se desarrolla junto a otras categorías para garantizar la libertad civil:

¹⁴ Elio GRECCIA, “Persona humana y personalismo”, p. 117.

¹⁵ Grisel GALIANO MARITAN, “Reflexiones conceptuales sobre las categorías: persona, personalidad, capacidad y sujeto de derecho”, p. 4, con cita a Carlos Fernández Sessarego.

¹⁶ Jean-Jacques ROUSSEAU, *El contrato social*, pp. 1, 14-15.

¹⁷ Jesús FUEYO ÁLVAREZ, “El sentido del derecho y el Estado moderno”, p. 371; Alexander ÁVILA MARTINEZ, Nilson Fabián CASTELLANOS RODRÍGUEZ & Ana María TRIANA AGUDELO, “La teoría política de Thomas Hobbes y su influencia en la construcción del principio de legalidad en el Estado moderno”, p. 155.

“El Estado peruano definido por la Constitución de 1993 presenta las características básicas de Estado social y democrático de Derecho. Así se concluye de un análisis conjunto de los artículos 3º y 43º de la Ley Fundamental. Asimismo, se sustenta en los principios esenciales de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales”¹⁸.

Recae así, en los nacientes Estados, el papel de garantes de la seguridad bajo las formas jurídico-políticas del orden público, el orden interno y la seguridad nacional que se ven encumbradas incluso en el ámbito constitucional.

En tal orden de ideas, en un espacio de ejercicio de derechos fundamentales entendidos, a decir de Euménides Cruz Reyes, como “triumfos frente al poder”¹⁹, producto del mundo moderno luego de dos fatídicas conflagraciones mundiales de horroroso y denigrante costo humano; la libertad se constituye en el espacio propio de actuación de la persona, vinculado al libre desarrollo de la personalidad, en tanto no afecte a los demás: se es libre en cuanto el Estado permite desarrollar las potencialidades del sujeto que se encuentra como parte integrante de la comunidad.

2.2. *LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, PROCESO DEMOCRÁTICO Y LA INTROMISIÓN DE LOS PODERES EJECUTIVO Y LEGISLATIVO*

Históricamente, entendiendo que las personas nacen con atributos que le son propios dentro de una proyección antropocentrista del mundo, la limitación de derechos fundamentales en el Estado se hace desde el Parlamento como fiel expresión de la voluntad general que la comunidad entrega para el bien común.

La razón responde a evitar que un sujeto (el Rey o el Ejecutivo, según se trate de Estados monárquicos o republicanos, respectivamente) no la haga sin legitimación democrática. El Parlamento, que es el pueblo en sí mismo, es quien cuenta con la habilitación política y jurídica para afectar los derechos fundamentales de sus representados. Por consecuencia, a través de procesos electorales, son los ciudadanos –como categoría jurídica y política– en mérito al pacto social rousseauiano, quienes autorizan a este órgano de poder público a que los represente y asuma en su nombre,

¹⁸ STC, n.º 0008-2003-AI/TC, fdm. 10, 2004.

¹⁹ Euménides CRUZ REYES, “Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución”, p. 68.

bajo una relación fluida entre mandante y mandatario, las decisiones que conciernen a la comunidad. A partir de tales enunciados, el Parlamento y la limitación de derechos fundamentales se entienden como figuras sinalagmáticas sirviéndose del principio de legalidad y de reserva de ley²⁰ para justificar el proceso democrático de intervención sobre tales derechos de la persona.

Más tarde, se llega a entender que no siempre el Parlamento será el que limitará derechos fundamentales abriendo la posibilidad de que el Ejecutivo, como cabeza de la Administración, también lo haga como lo precisa el Constitucional en su jurisprudencia:

“Lo que el poder tiene de abstención opera en lo fundamental, respecto de los derechos individuales y políticos, lo que, en cambio, tiene de dinámico se reconduce al ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales, y todo ello dentro de los imperativos expresamente reconocidos por la Constitución”²¹.

Tal escenario calza con el crecimiento de la Administración como organización racional y objetiva a la que se le entrega la multiplicidad de tareas ligadas a la concreción del bien común y del interés público así como a la necesidad de respuesta frente a las necesidades de la comunidad que coinciden con el Estado social de derecho, de origen alemán, al cierre de 1800.

2.3. *EL ESCENARIO POTENCIAL DE LA VACUNACIÓN OBLIGATORIA FRENTE A LA COVID-19*

Ahora bien, en el contexto de la COVID-19, que obliga a que los Estados deban asegurar la vida de sus ciudadanos, cabe preguntarse si es política y jurídicamente viable que la vacunación constituya, de manera razonable, una fuerte restricción a los derechos civiles con especial énfasis en la libertad. Sobre esto ya viene escribiendo la doctrina:

“Habilitación y regulación de la acción sanitaria del Ejecutivo y la Administración contra la enfermedad constituyen la primera exigencia básica: no basta con la autorización legal (expresa y circunstanciada, naturalmente) de medidas restrictivas en el ámbito de los derechos fundamentales y en las materias aquí relacionadas; es necesario además establecer todos los referentes legislativos posibles –sustantivos, procedimentales, organiza-

²⁰ Héctor NOGUEIRA ALCALÁ, “Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: La delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales”, pp. 15-64.

²¹ STC, n.º 1956-2004-AA/TC, fdm. 5, 2004.

tivos, de condiciones y límites– para enmarcar la actividad del Ejecutivo y de la Administración y permitir el control judicial y parlamentario”²².

A efectos de dar respuesta a dicha interrogante, debe indicarse que tanto el Parlamento como el Ejecutivo tienen legitimidad democrática para limitar derechos fundamentales con especial referencia a la libertad en salvaguarda, en este contexto, de la salud. Precisamente, en el caso nuestro²³, la salud es un bien de interés público tan importante como la libertad y la dignidad del hombre de modo que el Estado debe asegurar las condiciones mínimas para que pueda ser ejercida en plenitud dentro de un marco de procura existencial²⁴.

En este aspecto, el papel estatal no descansa solo en su regulación, con lo cual se exteriorizaría un pasivo papel estatal, sino que se expande a contextos ligados a su vigilancia frente a toda contingencia que amenace la existencia de sus integrantes. Tal vigilancia, para ser consonante con los derechos fundamentales de los ciudadanos y los bienes jurídicos que el interés público reclama por protección, debe someterse a parámetros constitucionales para evitar que se convierta en un espacio de arbitrariedad gubernamental, pues esto implicaría excederse en las competencias dadas por el derecho en aras de los cometidos constitucionales.

De este modo, si el Estado no proveyera los adecuados servicios de salud pública, incluso de manera compulsiva frente a potenciales escenarios de negativa ciudadana a la vacunación contra la COVID-19 incurriría en responsabilidad²⁵ atendiendo a un posible comportamiento omisivo respecto de sus competencias:

“[...] siendo la dignidad humana el presupuesto de todos los derechos fundamentales, su reconocimiento es una condición para el ejercicio de la libertad, entendida como aquella condición humana según la cual ninguna persona se halla sujeta a coacción derivada de la voluntad arbitraria de los demás”²⁶.

Así, se aquilata la libertad frente a la salud pública, atendiendo a que el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad, que es susceptible de concretarse en vacunarse o no contra la COVID-19, no es absoluto, pero

²² Javier BARNES, “La crisis de la democracia parlamentaria. El caso de la COVID-19”, p. 138.

²³ A través de la regulación sanitaria establecida en la Ley n.º 26842, Ley General de Salud.

²⁴ Juan-Cruz ALLI ARANGUREN, “El derecho administrativo y la evolución del Estado”, p. 205.

²⁵ STC, n.º 01134-2020-PHC/TC, 2020; STC, n.º 01499-2020-PHC/TC, 2021.

²⁶ STC, n.º 0008-2003-AI/TC, fdm. 11, 2004.

tampoco la protección de la persona puede quedar sujeta al libre albur de los dioses llevando a que la intervención sobre la libertad en procura de la salud sea tolerable, incluso para la justicia, sea constitucional o no, atendiendo a que a los jueces

“No le corresponde suplir al legislador o a la autoridad de gobierno en la definición de las políticas públicas orientadas a la satisfacción de los elementos integrantes del derecho a la salud”²⁷.

Precisamente, para el caso de la Administración, que es la que ejecuta los mandamientos de la regulación jurídica en materia sanitaria y los desarrolla al punto de recrear el derecho siempre de sus elementales límites formales y materiales; la legitimación democrática se avala con el necesario juicio de proporcionalidad que implica un examen valorativo, de contenido tripartito, referido a la proporcionalidad en sentido estricto (“ponderación”), la razonabilidad y necesidad de las medidas que se asuman para garantizar, a fin de cuentas, la propia existencia de los ciudadanos.

Esto ha sido objeto de escrutinio a razón de la sentencia del Alto Tribunal en relación con el uso del dióxido de cloro frente a la COVID-19 en los siguientes términos:

“[...] a los órganos con el conocimiento técnico suficiente como para conocer los puntos a favor y en contra de dichas medidas les corresponde seleccionar las políticas públicas a ser implementadas por parte de las autoridades estatales en dicho contexto. Es evidente que, en diversos escenarios, tales medidas ocasionarán que ciertos derechos fundamentales se vean restringidos, pero de esto no se puede concluir que el margen de acción de las autoridades estatales deba ser particularmente estrecho. La competencia de la justicia constitucional para enjuiciar y cuestionar estas políticas solo se activará en la medida en que ellas sean irrazonables o desproporcionales para enfrentar la pandemia.

[...] Al respecto, este Tribunal advierte que el diseño, selección y aplicación de políticas públicas son cuestiones que, en principio, corresponde atender a los órganos de carácter técnico, como ocurre en el caso de las autoridades expertas en asuntos relativos a la salud. De este modo, la intervención de este supremo intérprete de la norma fundamental solo se justifica en los escenarios en los que, en ejercicio de dicha labor, los órganos competentes vulneren, sea por acción u omisión, el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales”²⁸.

²⁷ STC, n.º 02566-2014-PA/TC, fdm. 16, 2018.

²⁸ STC, n.º 915/2021 del Pleno, fdm. 5 y 9, 2021.

En este aspecto, frente a la “posibilidad del Estado de intervenir en materia de salud pública o colectiva”²⁹, no debe perderse de vista que la legitimación democrática reclama que se respete el contenido esencial de los derechos fundamentales atendiendo a que las administraciones públicas en su calidad de organizaciones vicariales, a decir de Susan Rose-Ackerman: “Hacen algo más que implementar la ley en casos particulares; también elaboran políticas a partir de normas y orientaciones generales”³⁰, lo que lleva a aquilatar la necesidad de acudir a la vacunación obligatoria como medio para garantizar la idoneidad de la salud de los ciudadanos.

A partir de lo señalado, la intervención estatal en procura de la vida y seguridad de las personas reclama verse sometida al test constitucional dentro del cual se debe poner fuerte énfasis en el subprincipio de necesidad³¹ evaluando si otras medidas a ser asumidas por el gobierno, distintas de la vacunación obligatoria³², pueden asegurar la sana limitación del poder a efectos de que no devenga en arbitrario así como que se garantice la procura existencial de los ciudadanos.

Conclusiones

La libertad, siendo entendida como espacio de autodeterminación de las personas, se constituye en una importante conquista del mundo moderno frente a la arbitrariedad de los reyes se somete a escrutinio.

En tal aspecto, el escenario en el que se debate dicho derecho fundamental y valor constitucional ha cambiado sobremanera. Hoy no es ya la arbitrariedad de los reyes sino, antes bien, la salud de la comunidad lo que obliga a reexaminar la posibilidad de que los ciudadanos vean limitada

²⁹ DEFENSORÍA DEL PUEBLO DEL PERÚ, ADJUNTÍA PARA LA ADMINISTRACIÓN ESTATAL DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Informe de Adjuntía n.º 12-2021-DP/AAE: Limitaciones de derechos para personas no vacunadas a fin de garantizar la salud pública ante la COVID-19*, p. 6.

³⁰ Susan ROSE-ACKERMAN, “El derecho administrativo y la legitimidad democrática: confrontando el poder ejecutivo y el Estado contractual”, p. 7.

³¹ El Poder Judicial peruano, a través del 3^{er} Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima en la resolución n.º 5, del 17 de enero de 2022, derivada del expediente n.º 05789-2021-0-1801-JR-DC-03 ha llegado a establecer que las disposiciones gubernamentales no proponen ni disponen la vacunación obligatoria; en igual medida, este mismo Juzgado ha emitido la resolución n.º 7, de 25 de julio de 2022, en el curso del expediente n.º 05318-2021-0-1801-JR-DC-03 inaplicando la regulación que obliga a contar con el esquema de vacunación completa contra la COVID-19 para laborar.

³² Tengamos en cuenta que la Corte Suprema de Estados Unidos (National Federation of Independent Business v. Department of Labour y Biden v. Missouri / Becerra v. Louisiana) ha cerrado filas a la vacunación obligatoria dirigida a empleados, aunque reconduciéndola a la del personal sanitario ligado a subsidios federales.

su libertad. Tal contexto obliga a analizar la viabilidad de que el Ejecutivo también limite derechos fundamentales lo que bien constituye la maleabilidad del proceso democrático a través del cual, de manera común, solo le es permitido al Parlamento tal limitación merced a la democracia.

Tras lo señalado, a efectos de superar dicha incertidumbre, conviene establecer que es posible que, desde el punto de vista constitucional y administrativo, el Ejecutivo sí pueda proceder a tal limitación.

Obviamente, dentro de los parámetros del Estado constitucional de derecho, no se trata de una habilitación libérrima sino que, además de una base jurídica común, se ata a un triple juicio de constitucionalidad que debe ser examinado en función a las competencias estatales de determinación de políticas públicas, como así lo precisa el Tribunal Constitucional.

Bibliografía

- ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz, “El derecho administrativo y la evolución del Estado”, en *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, vol. 49, n.º 1, 2001. Disponible en <https://cutt.ly/bLPOZrv> [fecha de consulta: 7 de mayo de 2022].
- ÁVILA MARTÍNEZ, Alexander, Nilson Fabian CASTELLANOS RODRÍGUEZ & Ana María TRIANA AGUDELO, “La teoría política de Thomas Hobbes y su influencia en la construcción del principio de legalidad en el Estado moderno”, en *Revista VIA IURIS*, vol. 20, 2016. Disponible en <https://cutt.ly/zLPAcxr> [fecha de consulta: 7 de mayo de 2022].
- BARNES, Javier, “La crisis de la democracia parlamentaria. El caso de la COVID-19”, en *Revista de Administración Pública*, n.º 216, 2021. Disponible en <https://cutt.ly/3LPPQSe> [fecha de consulta: 7 de mayo de 2022].
- BRAVO MÉNDEZ, Sigrid Bethsabe, “El gran pánico de 1789: la Revolución francesa y los campesinos”, en revista *SOMEPSO*, vol. 6, n.º 1, 2021. Disponible en <https://cutt.ly/GLPG4HP> [fecha de consulta: 7 de mayo de 2022].
- BREWER-CARIAS, Allan, “Los aportes de la Revolución francesa al constitucionalismo moderno y su repercusión en Hispanoamérica a comienzos del siglo XIX”, en *Ars boni et aequi*, vol. 7, n.º 2, 2011. Disponible en <https://cutt.ly/0LPDnAX> [fecha de consulta: 7 de mayo de 2022].
- CRUZ REYES, Euménides, “Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución”, en *Criterio Jurídico Garantista*, vol. 2, n.º 2, 2010. Disponible en <https://cutt.ly/ULPF2W2> [fecha de consulta: 7 de mayo de 2022].
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO DEL PERÚ, ADJUNTÍA PARA LA ADMINISTRACIÓN ESTATAL DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Informe de Adjuntía n.º 12-2021-DP/AAE: Limitaciones de derechos para personas no vacunadas a fin de garantizar la salud pública ante la COVID-19*, 2021. Disponible en <https://cutt.ly/eLPH4cT> [fecha de consulta: 5 de mayo de 2022].

- FUEYO ÁLVAREZ, Jesús, “El sentido del derecho y el Estado moderno”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1953. Disponible en <https://cutt.ly/1LPATAU> [fecha de consulta: 5 de mayo de 2022].
- GABILONDO PUJOL, Ángel, “El árbol de la libertad y la guillotina: Hegel y la Revolución francesa”, en *Contextos*, vol. XIV, n.º 27-28, 1996. Disponible en <https://cutt.ly/zLPSREe> [fecha de consulta: 5 de mayo de 2022].
- GALIANO MARITAN, Grisel, “Reflexiones conceptuales sobre las categorías: persona, personalidad, capacidad y sujeto de derecho”, en *Derecho y Cambio Social*, vol. 10, n.º 31, 2013. Disponible en <https://cutt.ly/pLPPNRq> [fecha de consulta: 5 de mayo de 2022].
- GAUTHIER, Florence, “De “la economía moral” a “la economía política popular: la fructífera intuición de Edward P. Thompson”, en *Sociología Histórica*, n.º 3, 2013. Disponible en <https://cutt.ly/uLPGPJJ> [fecha de consulta: 5 de mayo de 2022].
- GRECCIA, Elio, “Persona humana y personalismo”, en *Cuadernos de Bioética*, vol. XXIV, n.º 1, 2013. Disponible <https://cutt.ly/2LPAPbE> [fecha de consulta: 5 de mayo de 2022].
- HIRSCHSPRUNG, Nathalie, “El vocabulario de la Revolución francesa”, en *Historia Crítica*, n.º 2, 1989. Disponible en <https://cutt.ly/vLPPfCy> [fecha de consulta: 5 de mayo de 2022].
- HUME, David, *Tratado de la naturaleza humana*, Madrid, Editorial Verbum, 2020.
- KANT, Immanuel, “Contestación a la pregunta: ¿Qué es la ilustración?”, en *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, vol. 25, 2001. Disponible en <https://cutt.ly/WLPHRb1> [fecha de consulta: 5 de mayo de 2022].
- LEFEBVRE, Georges, *El gran pánico de 1789. La Revolución francesa y los campesinos*, Barcelona, Paidós, 1998.
- MARCOS, Alfredo, “Filosofía de la naturaleza humana”, en *Eikasia. Revista de Filosofía*, vol. 6, n.º 35, 2010. Disponible en <https://cutt.ly/CLPSX19> [fecha de consulta: 5 de mayo de 2022].
- MARTINEZ RODRIGUEZ, Miguel Ángel, “Inglaterra: De la restauración a la gloriosa”, en *Pedralbes. Revista d’Història Moderna*, vol. 14, 1994. Disponible en <https://cutt.ly/1LPHhnZ> [fecha de consulta: 5 de mayo de 2022].
- NOGUEIRA ALCALÁ, Héctor, “Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: La delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales”, en *Ius et Praxis*, vol. 11, n.º 2, 2005. Disponible en <https://cutt.ly/yLPFv8k> [fecha de consulta: 5 de mayo de 2022].
- POLAKIEWICZ, Jörg, “El proceso histórico de la implantación de los derechos fundamentales en Alemania”, en *Revista de Estudios Políticos*, 81, 1993. Disponible en <https://cutt.ly/dLPDZCZ> [fecha de consulta: 5 de mayo de 2022].
- ROSE-ACKERMAN, Susan, “El derecho administrativo y la legitimidad democrática: confrontando el Poder Ejecutivo y el Estado contractual”, en *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, n.º 43, 2009. Disponible en <https://cutt.ly/2LPPKYH> [fecha de consulta: 5 de mayo de 2022].

- ROUSSEAU, Jean Jacques, *El contrato social*, Ciudad de México, PRD, 2017.
- VILLAR BORDA, Luis, “Estado de derecho y Estado social de derecho”, en *Revista Derecho del Estado*, vol. 20, 2007. Disponible en <https://cutt.ly/QLPFAXh> [fecha de consulta: 5 de mayo de 2022].
- VILLORO, Luis, “El concepto de revolución”, en *Devenires*, vol. 11, n.º 22, 2010. Disponible en <https://cutt.ly/wLPGhM0> [fecha de consulta: 5 de mayo de 2022].

JURISPRUDENCIA CITADA

- CORTE CONSTITUCIONAL DE FRANCIA (2018), sentencia n.º 2018-717/718, 6 de julio de 2018. Cuestión prioritaria de constitucionalidad. D. Cédric H. y D. Pierre-Alain M. Delito de ayuda a la entrada, la circulación o la estancia irregular de un extranjero. Disponible en <https://cutt.ly/CLPJnIJ> [fecha de consulta: 5 de mayo de 2022].
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (2003), sentencia del Pleno recaída en el expediente n.º 0008-2003-AI/TC,, 11 de noviembre de 2003. Roberto Nesta Brero en representación de 5 728 ciudadanos contra el Poder Ejecutivo, contra el artículo 4.º del decreto de urgencia n.º 140-2001. Disponible en <https://cutt.ly/ILP2n80> [fecha de consulta: 5 de mayo de 2022].
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (2004), sentencia recaída en el expediente n.º 1956-2004-AA/TC, 5 de octubre de 2004. Martha Olinda Combe Rivera contra el Seguro Social de Salud, EsSalud. Disponible en <https://cutt.ly/xLP9R59> [fecha de consulta: 5 de mayo de 2022].
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (2018), sentencia recaída en el expediente n.º 02 566-2014-PA/TC, 4 de octubre de 2018. Luigi Calzolaio contra EsSaludRed Asistencial de Arequipa y la Dirección Regional de Salud de Arequipa. Disponible en <https://cutt.ly/gLPJZBN> [fecha de consulta: 5 de mayo de 2022].
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (2020), sentencia del Pleno recaída en el expediente n.º 01134-2020-PHC/TC, 18 de junio de 2020. Antauro Igor Humala Tasso contra la directora del establecimiento penitenciario - Ancón II, Edith Ramón Chocano. Disponible en <https://cutt.ly/bLP2Nkl> [fecha de consulta: 5 de mayo de 2022].
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (2021), sentencia del Pleno n.º 245/2021 recaída en el Expediente N° 01499-2020-PHC/TC, 25 de febrero de 2021. Juan Andrés Yarleque Ortega contra el director del establecimiento penitenciario de Lurigancho. Disponible en <https://cutt.ly/ILP9a9x> [fecha de consulta: 5 de mayo de 2022].
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (2021), sentencia del Pleno n.º 915/2021 recaída en el expediente n.º 01625-2020-PHC/TC, 21 de octubre de 2021. Hernán Francisco Herrera Mendoza contra el Presidente de la República, Martín Vizcarra Cornejo, así como contra el presidente del Consejo de Ministros y la ministra de Salud. Disponible en <https://cutt.ly/DLPKobG> [fecha de consulta: 5 de mayo de 2022].

Siglas y abreviaturas

| | |
|-----------|---|
| COVIDI-19 | Coronavirus disease, 19 representa el año en que surgió |
| EUCIM | European Centre of Innovation and Management |
| https | Hyper Text Transfer Protocol Secure |
| n.º | número |
| p. | página |
| pp. | páginas |
| PRD | Partido de la Revolución Democrática |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú |
| v. | versus |
| vol. | volumen |

Instituciones políticas

LAS FUERZAS ARMADAS EN LA PROPUESTA DE CONSTITUCIÓN POLÍTICA PARA CHILE

THE ARMED FORCES IN THE PROPOSAL OF A NEW POLITICAL CONSTITUTION FOR CHILE

*Sergio Cea Cienfuegos**

*Claudio Herrera Aguayo***

Resumen

El presente trabajo académico tiene por objetivo analizar las principales normas de la propuesta de nueva Constitución para Chile relativas a las Fuerzas Armadas, sus cometidos constitucionales, su vínculo con las atribuciones del Presidente de la República, así como algunos deberes y derechos generales que se reiteran de manera específica para estas instituciones.

Palabras clave: Fuerzas Armadas, nueva Constitución, defensa nacional, cometidos constitucionales, agresión externa.

Abstract

This academic work has as purpose to analyze the main rules of the proposal of a new Constitution for Chile related to the Armed Forces, their constitutional tasks, their link with the President of the Republic, as well as some general duties and rights that are reiterated specifically for these institutions.

Keywords: Armed Forces, New Constitution, National defense, Constitutional tasks, External aggression.

* Magister en Derecho. Universidad de Chile. Correo electrónico: sergioceac@gmail.com

** Magister en Derecho. Universidad Central de Chile. Correo electrónico: claudio.herrera.a@cloud.uautonoma.cl

Artículo recibido el 8 de agosto de 2022 y aceptado para publicación el 6 de septiembre de 2022.

Introducción

La propuesta de nueva Constitución para Chile plantea una regulación de las Fuerzas Armadas diversa a la establecida en la Carta Fundamental vigente, tanto en aspectos formales como sustantivos, a pesar de mantener elementos que ya forman parte del sistema jurídico constitucional.

Algunos de los aspectos establecidos en la actual Constitución que conserva el texto propuesto son: el señalamiento de las ramas que componen las Fuerzas Armadas, que corresponden al Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, sin perjuicio de que se había planteado no indicirlas de manera expresa en un nuevo texto¹. También mantiene la dependencia orgánica de estas instituciones al Presidente de la República por medio del Ministerio de Defensa, como una forma de refrendar el carácter de órganos centralizados de la Administración del Estado.

Por otro lado, el artículo 101 inciso final de la Carta vigente establece los atributos o características de las Fuerzas Armadas tales como, el ser obedientes y no deliberantes, cuyo fin es reforzar la sujeción al poder civil² y su apoliticidad³, además de establecer su carácter de profesionales, jerarquizados y disciplinados. Todas estas características son recogidas en el artículo 299.3 de la propuesta, y su contenido conceptual no se altera con la forma que tiene este texto de regular las instituciones armadas.

En cuanto a la responsabilidad política de las máximas autoridades de las Fuerzas Armadas, se mantiene la competencia de fiscalización, control y establecimiento de ella por parte del Poder Legislativo a que se refiere el artículo 52 n.º 2 letra d)⁴ y artículo 53 n.º 1⁵ de nuestra Norma

¹ Pablo CONTRERAS VÁSQUEZ y Sebastián SALAZAR PIZARRO, “Desconstitucionalizar para democratizar: Las Fuerzas Armadas y las Policías en la nueva Constitución”, p. 15.

² Pablo CONTRERAS VÁSQUEZ y Sebastián SALAZAR PIZARRO, “‘Obedientes y no deliberantes’: Fuerzas Armadas, autonomía y control democrático en Chile”, p. 239.

³ Sergio CEA CIENFUEGOS y Ricardo CORONADO DONOSO, “La constitucionalización de las Fuerzas Armadas”, p. 442.

⁴ Artículo 52. Son atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados: 2) Declarar si han o no lugar las acusaciones que no menos de diez ni más de veinte de sus miembros formulen en contra de las siguientes personas: d) De los generales o almirantes de las instituciones pertenecientes a las Fuerzas de la Defensa Nacional, por haber comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación

⁵ Artículo 53. Son atribuciones exclusivas del Senado: 1) Conocer de las acusaciones que la Cámara de Diputados entable con arreglo al artículo anterior.

El Senado resolverá como jurado y se limitará a declarar si el acusado es o no culpable del delito, infracción o abuso de poder que se le imputa.

La declaración de culpabilidad deberá ser pronunciada por los dos tercios de los senadores en ejercicio cuando se trate de una acusación en contra del Presidente de la República o de un gobernador regional, y por la mayoría de los senadores en ejercicio en los demás casos.

Fundamental, por las causales de comprometer gravemente el honor o la seguridad del Estado⁶. Las diferencias que al respecto se desprenden tienen relación con que, en la nueva propuesta, estas atribuciones son ejercidas por el Congreso de Diputadas y Diputados⁷ en una primera instancia, y luego la Cámara de las Regiones⁸ sería el órgano que resolvería las acusaciones como jurado. Además, se propone la modificación de la prohibición de ejercer cargos públicos por el término de cinco años, por la sanción de no poder ser designado en ningún cargo de confianza exclusiva del Presidente de la República en el mismo periodo, o que no podrá postular al mismo cargo por el que fue destituido, en la elección siguiente (artículo 255.4).

Asimismo, se elevan a rango constitucional algunas normas que hoy se encuentran establecidas en el artículo 2 inciso 2 de la Ley Orgánica

Por la declaración de culpabilidad queda el acusado destituido de su cargo, y no podrá desempeñar ninguna función pública, sea o no de elección popular, por el término de cinco años.

El funcionario declarado culpable será juzgado de acuerdo a las leyes por el tribunal competente, tanto para la aplicación de la pena señalada al delito, si lo hubiere, cuanto para hacer efectiva la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al Estado o a particulares.

⁶ La Constitución Política vigente, señala en el artículo 52 n.º 2 letra d) que la causal es “comprometer gravemente el honor o la seguridad de la Nación”, y en la propuesta solo se ha sustituido esta última noción por la de Estado.

⁷ Artículo 253. Son atribuciones exclusivas del Congreso de Diputadas y Diputados: c) Declarar si ha lugar o no respecto de las acusaciones que no menos de diez ni más de veinte de sus integrantes formulen en contra de: 4) Las y los generales o almirantes de las instituciones pertenecientes a las Fuerzas Armadas, el general director de Carabineros de Chile y el director general de la Policía de Investigaciones de Chile, por haber comprometido gravemente el honor o la seguridad del Estado.

⁸ Artículo 255. 1. Es atribución exclusiva de la Cámara de las Regiones conocer de las acusaciones que entable el Congreso de Diputadas y Diputados.

2. La Cámara de las Regiones resolverá como jurado y se limitará a declarar si la persona acusada es o no culpable.

3. La declaración de culpabilidad deberá ser pronunciada por los dos tercios de sus integrantes en ejercicio cuando se trate de una acusación en contra de la Presidenta o del Presidente de la República o de un gobernador regional. En los demás casos, por la mayoría de sus integrantes en ejercicio.

4. La persona declarada culpable queda destituida de su cargo y no podrá desempeñar ningún otro cargo de exclusiva confianza de la Presidenta o del Presidente durante el tiempo que reste de su mandato o presentarse al cargo de elección popular del cual fue destituida en la siguiente elección, según corresponda.

5. La funcionaria o el funcionario declarado culpable será juzgado de acuerdo con las leyes por el tribunal competente, tanto para la aplicación de la pena señalada al delito, si lo hubiera, como para hacer efectiva la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al Estado o a particulares.

Constitucional de las Fuerzas Armadas, como la prohibición de pertenecer a partidos políticos, de asociarse en organizaciones políticas, gremiales o sindicales, o postularse a cargos de elección popular (artículo 299.4 de la propuesta). Se adiciona la prohibición de ejercer el derecho a huelga, a diferencia de los demás funcionarios del sector públicos, en que sí se les reconocería expresamente este derecho (artículo 47).

De igual forma, se recogieron otras propuestas, como las de regular a las Fuerzas Armadas en un solo artículo incluido dentro del capítulo del Poder Ejecutivo⁹, eliminar la expresión “seguridad nacional”¹⁰, y el Consejo de Seguridad Nacional como órgano constitucional.

Una de las diferencias que se logra advertir del texto propuesto, es que no hay ninguna referencia a la justicia militar, como sí lo realiza la actual Constitución Política en el artículo 83 inciso final¹¹ ubicado dentro del capítulo del Ministerio Público. Sin embargo, su omisión podría significar un primer impulso para avanzar de un sistema inquisitivo a uno acusatorio, con mayores garantías para los militares que sean sometidos a un procedimiento penal castrense.

Ahora bien, dentro de las diferencias trascendentales, a nuestro juicio, se encuentra el establecimiento de la jefatura suprema permanente de las Fuerzas Armadas ejercida por la Presidenta o el Presidente de la República, y ya no solo en tiempos de guerra como lo establece el actual ordenamiento jurídico, además, se reconoce que esta autoridad será quien ejerza el mando superior de estas instituciones, atribución que hoy le corresponde al Comandante en Jefe respectivo.

Estructuralmente, existen cambios profundos en relación con los cometidos constitucionales de las Fuerzas Armadas, sustituyéndose por completo la defensa de la patria y su esencialidad para la seguridad nacional, por aquellas funciones carentes de contenido axiológico e históricos, acorde con el derecho internacional y el derecho comparado, como lo son: el resguardo de la soberanía, la independencia y la integridad territorial de la república ante agresiones externas, las que se deben desempeñar de con-

⁹ Véase CEA CIENFUEGOS, Sergio y Claudio HERRERA AGUAYO, “Algunas propuestas de reforma constitucional en relación con las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública”, p. 215; CONTRERAS y SALAZAR, “Desconstitucionalizar...”, *op. cit.*, p. 15.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Artículo 84 inciso final, Constitución Política: “El ejercicio de la acción penal pública, y la dirección de las investigaciones de los hechos que configuren el delito, de los que determinen la participación punible y de los 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 corresponderán, en conformidad con las normas del Código de Justicia Militar y a las leyes respectivas, a los órganos y a las personas que ese Código y esas leyes determinen”.

formidad con lo establecido en la Carta de Naciones Unidas y, además, se incluye la función de colaborar con la paz y seguridad internacional, desconocida en el actual texto constitucional y en los anteriores a este. Se adicionan limitaciones a esas funciones, como las de actuar con respeto al derecho internacional y a los derechos fundamentales que se garanticen en dicha propuesta.

En el artículo específico que se refiere a las Fuerzas Armadas, se reiteran principios regulados en las normas generales del mismo texto, como el apego al principio de probidad, transparencia, aplicación de la perspectiva de género y la paridad en la toma de decisiones, reforzando que las actuaciones de estas instituciones se encuentran sometidas a control, tal como los otros órganos que ejercen funciones públicas, lo que podría constituir una manifestación de la desconfianza social que se tiene sobre ellas.

En consideración a lo anotado, se realizará un análisis jurídico generalizado y descriptivo del diseño de las Fuerzas Armadas contenido en la propuesta constitucional, referido a las implicancias y efectos que tendrían las nuevas disposiciones del texto propuesto, así como la conveniencia o no de incluirlas en la Carta Fundamental.

Para lograr lo anterior:

- 1.º Sistematizaremos y analizaremos las principales atribuciones que tendría la Presidenta o el Presidente de la República respecto a las Fuerzas Armadas.
- 2.º Realizaremos un análisis de los cometidos constitucionales que se les asignan a estas instituciones, comparándolos con la actual Carta Fundamental.
- 3.º Nos enfocaremos en revisar algunos de los deberes y derechos de las Fuerzas Armadas y sus integrantes, para, finalmente, dar lugar a las conclusiones.

I. Atribuciones asignadas a quien ejerce la presidencia de la República relacionadas con las Fuerzas Armadas

La propuesta ha planteado algunos cambios importantes en cuanto a las atribuciones del Presidente de la República relacionadas con las instituciones castrenses, como el establecimiento de la jefatura suprema permanente y el ejercicio del mando militar a través del ministerio respectivo, ambas situaciones que no se encuentran hoy previstas en la CPR ni en la legislación sectorial.

Junto con lo anterior, se han mantenido atribuciones ya previstas en la CPR como la referida a la disposición, organización y distribución de las Fuerzas Armadas, modificando su objetivo desde las necesidades de la seguridad nacional hacia el desarrollo de estas instituciones y su empleo conjunto. También se han expresado en la propuesta otras atribuciones ya contempladas en el ordenamiento jurídico, como la elaboración de políticas públicas relacionadas con la Defensa Nacional.

En este apartado, nos referiremos:

- a) A la jefatura suprema y al mando militar, y algunas de las implicancias que tendría de ser aprobada la propuesta.
- b) A la competencia de disponer, organizar y distribuir las Fuerzas Armadas, sus semejanzas y diferencias con la actual CPR.
- c) A unas breves referencias a otras normas constitucionales pertinentes.

A. JEFATURA SUPREMA Y MANDO MILITAR

La propuesta consagra una regulación y un diseño diferente en relación con la CPR respecto de la jefatura suprema y mando de las Fuerzas Armadas, proposición que establece lo siguiente:

“Artículo 298. A la Presidenta o al Presidente de la República le corresponde la conducción de la defensa nacional y desempeña la jefatura suprema de las Fuerzas Armadas. Ejercerá el mando a través del ministerio a cargo de la defensa nacional”.

Similar contenido se consagra en otras Cartas Fundamentales. En efecto, en España al Rey le corresponde “el mando supremo de las Fuerzas Armadas”¹², en la de Brasil se contempla como facultad privativa del Presidente de la República “ejercer el mando supremo de las Fuerzas Armadas”¹³. Por su parte, Colombia establece:

“Al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa [le corresponde] dirigir la fuerza pública y disponer de ella como Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas de la República”¹⁴.

Ahora bien, el *Libro de la Defensa Nacional de Chile* nos indica:

“La conducción de la Defensa es el resultado de un proceso mediante el cual se adoptan las decisiones para dirigir la defensa del país. Este proceso

¹² Artículo 62 letra h, del Constitución española.

¹³ Artículo 84, XIII, Constitución de la República Federativa del Brasil.

¹⁴ Artículo 189 n.º 3, Constitución Política de Colombia.

fluye por una estructura regulada y sistematizada desde el nivel de decisión más alto del Estado, que corresponde al Presidente de la República en su calidad de conductor político, hasta el nivel estratégico. En este plano, propiamente militar, la conducción se materializa en el ejercicio del mando para el empleo de la fuerza y le corresponde al conductor estratégico”¹⁵.

En cuanto a la jefatura suprema de las Fuerzas Armadas, el artículo de la propuesta transcrito debe ser relacionado con el artículo 287 letra i) del mismo texto en cuanto le atribuye a quien ejerce la Presidencia de la República “ejercer permanentemente la jefatura suprema de las Fuerzas Armadas [...]”. La CPR no contempla la inmutabilidad de la jefatura suprema de las Fuerzas Armadas, sino que esta se le atribuye al Presidente de la República solo en caso de guerra¹⁶, mientras que la actual LOCFFAA indica que en tiempo de paz el mando superior es ejercido por el Comandante en Jefe respectivo¹⁷, norma que perdería eficacia al aprobarse la propuesta de Carta Fundamental.

Esta jefatura suprema considera, en definitiva, que el Jefe de Estado se erige como la cúspide de la estructura jerárquica castrense a la que se subordinan sus integrantes, teniendo como límite a su ejercicio la Constitución y las leyes¹⁸. De esta manera, en relación con el artículo 279.1 de la propuesta, el Presidente de la República se constituye como la máxima autoridad de la Administración del Estado, de la cual las Fuerzas Armadas forman parte, lo que es refrendado por la circunstancia de ser incorporadas estas instituciones castrenses al capítulo propio del Poder Ejecutivo, y, además, se posiciona en la cima de la cadena de mando militar en virtud de lo preceptuado en el artículo 287 letra i) de la propuesta constitucional.

Sin embargo, las Fuerzas Armadas son entidades que tienen características que difieren de las asignadas para los otros órganos de la Administración del Estado, como ocurre con la diferenciación y confluencia entre el poder civil y el poder militar¹⁹ y porque a estas instituciones se les asigna

¹⁵ *Libro de la Defensa Nacional*, p. 122.

¹⁶ Artículo 32 de la CPR: “Son atribuciones especiales del Presidente de la República: N° 18.- Asumir, en caso de guerra, la jefatura suprema de las Fuerzas Armadas”.

¹⁷ Artículo 46 de la Ley n.º 18948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas. “El mando superior de cada una de las instituciones de las Fuerzas Armadas será ejercido por el Comandante en Jefe, con el grado de General de Ejército, Almirante o General del Aire, según corresponda”.

¹⁸ Sabino FERNÁNDEZ CAMPO, “Las Fuerzas Armadas españolas ante un nuevo siglo”, p. 525.

¹⁹ Miguel BALENILLA Y GARCÍA DE GAMARRA, “Pascua Militar: Las órdenes del Rey a las Fuerzas Armadas”, p. 9.

“la última garantía del ordenamiento jurídico constitucional [haciéndolas] exorbitantes respecto del resto de la Administración Pública”²⁰.

En la propuesta revisada, la cualidad de permanencia de la jefatura suprema castrense, al ampliarla también a tiempos de paz, permite, en consecuencia, remarcar la subordinación del poder castrense al poder civil, en contraposición al realce e importancia que a estas instituciones castrenses se les otorgó en la CPR, y que se mantiene en la actualidad.

Esta atribución presidencial, en términos generales, se ha asociado mayormente a asuntos de carácter bélico, resaltando que las Fuerzas Armadas deben cumplir con las órdenes emanadas del Presidente de la República de acuerdo con las misiones constitucionales entregadas, en que no se espera un desempeño material de él, como ocurría con la integración del rey soldado²¹, sino que, más bien, relacionada con la autoridad moral y la valoración que realizan los ejércitos del mando único²². En consecuencia, no significa que asumirá funciones tácticas u operativas, ni menos que pueda estar subordinado a decisiones de autoridad extranjera²³.

Se ha dicho que de la interpretación de la CPR es posible estimar que el Presidente de la República siempre es el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra, y que su señalamiento expreso en el artículo 32 n.º 18 –en cuanto a que debe asumir la jefatura suprema en tiempo de guerra– denota que atendida la situación de gravedad requiere una mayor atención y dedicación del jerarca en esta materia, pero no excluye que también lo sea en tiempo de paz²⁴.

La segunda parte del artículo 298 de la propuesta señala que quien ejerce la Presidencia de la República: “Ejercerá el mando a través del ministerio a cargo de la defensa nacional”, aspecto que no está considerado en la CPR²⁵.

Para comprender el impacto de esta disposición, analizaremos la legislación vigente en cuanto al mando superior de las Fuerzas Armadas. Así, el artículo 46 de la LOCFFAA establece:

²⁰ FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, “La posición constitucional de las Fuerzas Armadas en España”, p. 26. El autor, citando a Miguel Herrero de Miñón, indica: “las Fuerzas Armadas son Administración Pública, pero son también algo más”.

²¹ BALENILLA Y GARCÍA DE GAMARRA, *op. cit.*, p. 8.

²² *Op. cit.*, p. 9.

²³ FERNÁNDEZ CAMPO, *op. cit.*, p. 525.

²⁴ JOSÉ LUÍS CEA EGAÑA, *Derecho constitucional chileno*, tomo III, p. 140.

²⁵ Del tenor literal de la norma propuesta, no se advierte con claridad si el Presidente de la República podría ejercer el mando militar de manera directa, o si, por el contrario, si la única forma de ejercerlo es a través del Ministerio de Defensa.

“El mando superior de cada una de las instituciones de las Fuerzas Armadas será ejercido por el Comandante en Jefe, con el grado de General de Ejército, Almirante o General del Aire, según corresponda”.

Se indica normalmente que el objetivo principal del mando militar “es guiar un grupo de hombres para el cumplimiento de la misión encomendada [...]”²⁶, así, los comandantes en Jefe:

“Son responsables de los procesos de diseño, desarrollo, preparación y mantenimiento de los medios operaciones de su respectiva institución”²⁷.

También señala la LOCFFAA, en su artículo 45 inciso 1:

“Mando es la autoridad ejercida por el personal de las Fuerzas Armadas sobre sus subalternos y subordinados, en virtud del grado, antigüedad o puesto que desempeñe”.

Esta norma es una materialización de la obediencia y de la jerarquía castrense, posicionando al Comandante en Jefe respectivo como la máxima autoridad que ejerce el mando dentro de cada institución armada, y el personal que la conforme lo ejercerá respecto de sus subalternos y subordinados.

El subalterno es aquel “que tiene con relación a otro un grado inferior en la escala jerárquica militar”²⁸, es decir, se refiere a un posicionamiento dentro de la estructura interna de la institución, mientras que el subordinado “es el que está a las órdenes de un superior”²⁹, lo que denota el atributo de la disciplina de estas instituciones que presupone una relación jerárquica.

La contrapartida a esas nociones está dada por la superioridad, que puede ser por razón de grado o de mando. “Superior por razón de grado es el que tiene respecto de otro un grado más alto en la escala jerárquica militar”³⁰ y

“Superior por razón de mando es el que ejerce autoridad sobre otros miembros de las Fuerzas Armadas en razón del cargo o función que se le ha confiado”³¹.

El mando, en consecuencia, está referido al cumplimiento de los atributos de disciplina y jerarquía que debe observarse en la estructura insti-

²⁶ Juan MACKAY BARRIGA, “Mando militar”, p. 463.

²⁷ *Libro de la Defensa Nacional*, op. cit., p. 128.

²⁸ *Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas*, artículo 29 inciso 4.

²⁹ *Op. cit.*, artículo 29 inciso 5.

³⁰ *Op. cit.*, artículo 29 inciso 2.

³¹ *Op. cit.*, artículo 29 inciso 3.

tucional interna. El inciso 2 del artículo 45 de la LOCFFAA indica que la finalidad del mando militar es tender “directamente a la consecución de los objetivos de las Fuerzas Armadas”. Este mando se caracteriza por ser:

“Total, [y porque] se ejerce en todo momento y circunstancia y no tiene más restricciones que las establecidas expresamente en las leyes y reglamentos”.

De lo señalado, observamos, en nuestro sistema jurídico vigente, que el mando militar superior es ejercido por el Comandante en Jefe de cada una de las ramas de las Fuerzas Armadas. El texto de la propuesta modifica sustancialmente esta lógica estructural, sustituyendo en la cúspide a esa autoridad institucional por el Presidente de la República.

Tanto la jefatura suprema como el ejercicio del mando militar, como hemos dicho, posicionan a quien ejerza la Presidencia de la República en la máxima autoridad militar y administrativa de los cuerpos armados. No se nota con claridad si el ejercicio de la potestad disciplinaria resultará afectado o si se mantendrá en la forma y estructura, como se encuentra consagrada en la actualidad. Sin embargo, es posible constatar que en la actualidad el Presidente de la República sí tiene competencia para conocer y resolver ciertos recursos administrativos dentro de los procedimientos disciplinarios substanciados por las Fuerzas Armadas³².

Con todo, la jefatura suprema de las Fuerzas Armadas es una atribución exclusiva del Presidente de la República, quien la ejerce de manera personal y directa, a diferencia de lo que ocurre con el ejercicio del mando militar, en que sí se considera la participación del Ministerio de Defensa. En ambos casos, del texto de la propuesta se desprende la intención de establecer con claridad y concreción que el poder castrense se encuentra subordinado al poder civil electo en democracia.

³² Ello se consagra en el artículo 92 inciso 2 del decreto supremo n.º 277, de 1974, que aprueba el DNL-910 Reglamento de Investigaciones Sumarias Administrativas de las Fuerzas Armadas estableciendo: “Se podrá interponer apelación sucesivamente del fallo de las apelaciones, hasta llegar al Comandante en Jefe Institucional. Sólo en aquellos casos en que el afectado o inculpado considere menoscabados sus derechos y atribuciones, o cuando la sanción que se le aplique sea la de retiro, se podrá apelar hasta el Presidente de la República”. También se contempla esta competencia en el artículo 93 inciso 1 del decreto supremo n.º 1445, de 1951, que aprueba el Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas preceptuando: “El reclamante podrá apelar sucesivamente del fallo de sus anteriores apelaciones, repitiéndose el procedimiento indicado en los artículos 91 y 92, hasta llegar al Presidente de la República en los casos que correspondiere”.

*B. DISPOSICIÓN, ORGANIZACIÓN Y DISTRIBUCIÓN
DE LAS FUERZAS ARMADAS*

Además de asumir la jefatura suprema permanente y el mando superior de las Fuerzas Armadas, la propuesta indica que el Presidente de la República tendrá la atribución de “disponerlas, organizarlas y distribuir las para su desarrollo y empleo conjunto” (artículo 287 letra i).

Relacionado con esa norma, el artículo 298.2 de la propuesta establece:

“La disposición, organización y los criterios de distribución de las Fuerzas Armadas se establecerán en la Política de Defensa Nacional y la Política Militar. La ley regulará la vigencia, los alcances y los mecanismos de elaboración y aprobación de dichas políticas, las que deberán incorporar los principios de cooperación internacional, de igualdad de género y de interculturalidad y de pleno respeto al derecho internacional y los derechos fundamentales”.

La CPR no es ajena a esas nociones por cuanto el artículo 32 n.º 17 señala que una de las facultades especiales del Presidente de la República es: “Disponer de las fuerzas de aire, mar y tierra, organizarlas y distribuir las de acuerdo con las necesidades de la seguridad nacional”.

La doctrina, al analizar esta disposición, ha entregado nociones acerca de qué debe entenderse por cada una de las acciones descritas en la norma constitucional, indicando que la de disponer consiste en:

“mandar u ordenar sin que sus decisiones puedan ser evaluadas, alteradas, condicionadas, suspendidas ni menos impedidas por otros órganos constitucionales, menos aún por quienes son destinatarios de ellas”³³.

Así, esta facultad se identificaría con el ejercicio del mando supremo.

De igual forma, el Jefe de Estado desempeña la facultad de:

“Organizar al personal de la Defensa Nacional, sea a través de decisiones generales de carácter reglamentario o mediante otras determinaciones de índole individual y más específicas”³⁴.

La última atribución consiste en:

“Distribuir los contingentes armados a lo largo del territorio de Chile de acuerdo con las necesidades de la seguridad nacional, concentrándolos en determinados territorios; ubicándolos en ciertas áreas geográficas atendida el arma respectiva; agrupándolas, en cuerpos o fuertes de diversas

³³ CEA EGAÑA, *op. cit.*, tomo III, pp. 138-139.

³⁴ *Ibid.*

armas reunidas; en fin, fomentando la presencia soberana del país en otras zonas geográficas mediante la presencia de esos contingentes en ellos, como asimismo otorgándoles participación fuera de Chile de acuerdo a los términos que fije la ley dictada en cumplimiento de lo previsto en el artículo 63º Nº 13º de la Constitución”³⁵.

Las facultades de disposición, organización y distribución en la propuesta constitucional tienen una regulación diversa a la CPR, por cuanto el nuevo texto se refiere a que ellas deben establecerse en las políticas públicas que la norma señala, y, además, ordena que una ley regule la vigencia, los alcances y los mecanismos de elaboración y aprobación de dichas políticas. Esta fórmula significaría, al parecer, establecer limitaciones a esta competencia, al consagrar una articulación conformada por las políticas públicas que seguirían siendo elaboradas por el Ejecutivo a través del Ministerio de Defensa, por la ley que se dicte al efecto que debe establecer un espacio temporal de vigencia, su alcance –el que puede ser de diversa índole–, y por el procedimiento específico que se debe seguir para elaborar las políticas y para aprobarlas.

Estas políticas públicas deben confeccionarse respetando los principios de colaboración internacional, de igualdad de género y de interculturalidad, y de pleno respeto al derecho internacional y los derechos fundamentales, lo que, por cierto, significa una demarcación o delimitación a su elaboración, y que conllevará, en definitiva, una limitación constitucional a la facultad presidencial.

Sumando a todo lo expuesto precedentemente, el artículo 299.6 de la propuesta indica: “La ley regulará la organización de la defensa, su institucionalidad, su estructura y empleo conjunto, sus jefaturas, mando y la carrera militar”, en este caso se hace una referencia específica a la organización, la que también debe ser normada por ley, y en esos términos constituiría otra limitación a las ya indicadas.

No obstante, la propuesta ha establecido una etapa posterior de control que recaería de manera exclusiva en el Congreso de Diputadas y Diputados por cuanto debería:

“Supervisar periódicamente la ejecución del presupuesto asignado a defensa, así como la implementación de la política de defensa nacional y la política militar” (artículo 253 letra e).

³⁵ CEA EGAÑA, *op. cit.*, tomo III, pp. 138-139. Un ejemplo del ejercicio de la facultad de distribución se puede encontrar en el decreto supremo n.º 265, de 2019, que autoriza colaboración de las Fuerzas Armadas con las autoridades civiles y policiales en los ámbitos relativos al tráfico ilícito de migrantes, y al narcotráfico y crimen organizado transnacional, en zonas fronterizas del territorio nacional (artículo primero).

En consecuencia, existe una normativa en la propuesta constitucional muy estricta y detallada respecto de esta atribución, a diferencia de lo ocurrido con la CPR, estableciendo limitaciones a su ejercicio, así como entregar o derivar a una ley la regulación de aspectos relevantes relacionados con las políticas pública de defensa nacional y militar y de la organización de las Fuerzas Armadas.

Antes del proceso de armonización, una de las materias de ley de concurrencia presidencial necesaria era la disposición, organización y distribución de las Fuerzas Armadas³⁶, mientras que el artículo 287 letra i) lo establecía como de atribución presidencial, lo que de manera evidente constituía una abierta contradicción. El texto final, una vez finalizado ese proceso, salvo aquel conflicto, manteniendo esta atribución en quien ejerza la Presidencia de la República, mientras que lo que queda entregado a la regulación por ley son las capacidades de la defensa nacional, que corresponden al conjunto de recursos y habilidades que tienen por objetivo cumplir con los fines de las instituciones armadas³⁷.

Como ya indicamos, esta atribución presidencial tiene relación directa con las políticas públicas que hemos mencionado, estableciendo la propuesta elementos y requisitos para su elaboración y aprobación. Atendida su transcendencia, nos referiremos a ellas.

En efecto, la propuesta no señala qué debe entenderse por PDN ni tampoco por PM, solo se refiere a la supervisión periódica de la implementación de ambas políticas por parte del Congreso de Diputadas y Diputados (artículo 253 letra e).

El *Libro de la Defensa Nacional* indica que la PDN³⁸ es una política pública que contempla los principios básicos de la defensa nacional³⁹, y esta última consiste en la protección de la soberanía e integridad territorial del Estado ante agresiones de carácter externo⁴⁰, y del análisis de la propuesta, es posible estimar que sus definiciones y conceptualizaciones han sido sustancialmente recogidas por ella, lo que se refrenda por lo señalado en cuanto a las misiones constitucionales señaladas en el artículo 299.1.

³⁶ N.º 26. Artículo 22 letra e) y n.º 30.-Artículo 26 letra f, del Consolidado normas aprobadas para la propuesta constitucional por el pleno de la Convención de mayo de 2022.

³⁷ *Libro de la Defensa Nacional, op. cit.*, p. 245.

³⁸ La PDN se encuentra aprobada por el decreto supremo n.º 4, de 4 de diciembre de 2020, de la Subsecretaría de Defensa, tomado de razón por la Contraloría General de la República el 26 de abril de 2021, y publicado en el *Diario Oficial de la República de Chile* el 28 de mayo del mismo año.

³⁹ *Libro de la Defensa Nacional, op. cit.*, p. 95.

⁴⁰ *Ibid.*

La PM también es una política pública complementaria de la PDN cuyo objetivo es plantear las directrices o lineamientos para guiar el desarrollo de las Fuerzas Armadas y del Estado Mayor Conjunto⁴¹.

Con todo, estas políticas públicas seguirían siendo propuestas y evaluadas por el Ministerio de Defensa⁴², pero deberán sujetarse a las reglas establecidas por la propia norma constitucional y por la ley respectiva a que se refiere el artículo 298.2 de la propuesta.

C. OTRAS ATRIBUCIONES PRESIDENCIALES

Sumado a las atribuciones que señalamos hasta ahora, se contemplan otras que podrían resultar en una novedad normativa, y que han captado nuestro interés.

Así, el artículo 287 letra j) de la propuesta, contempla la designación del Jefe del Estado Mayor Conjunto y de los comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas. El señalamiento del primero de los nombrados constituye una incorporación que no se encuentra en la CPR. Con la entrada en vigor de la Ley n.º 20424, de 2010, el Estado Mayor Conjunto sustituyó al Estado Mayor de la Defensa, pero no ha existido mención ni regulación a este órgano ni a su titular en el texto constitucional vigente, misma situación ocurre con la expresión del empleo conjunto, que también constituye una novedad no conocida en la actual Carta Fundamental.

Cabe preguntarnos si es intencionada la decisión de nombrar primeramente al Jefe del Estado Mayor Conjunto y luego a los comandantes en Jefe de las instituciones respectivas o si, por el contrario, solo constituye un orden sin transcendencia jurídica. Podría estimarse que, al demostrar la propuesta un interés acerca del empleo conjunto, por cuanto es mencionado en dos ocasiones (artículo 287 letra i y artículo 299.6), se quiera o pretenda alterar la estructura jerárquica de las instituciones castrenses, posicionando al Jefe del Estado Mayor Conjunto como el superior jerárquico de los comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas.

En lo demás, el artículo 287 letra j) de la propuesta mantiene la competencia presidencial relativa a la designación y remoción de los comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, y a la disposición de los nombramientos, ascensos y retiros de los oficiales de aquellas. El artículo décimo transitorio⁴³ mantiene, en parte, la regulación de la CPR en materia de nombra-

⁴¹ *Libro de la Defensa Nacional, op. cit.*, p. 95.

⁴² Artículo 3 letra a), Ley n.º 20424, Estatuto Orgánico del Ministerio de Defensa Nacional.

⁴³ Artículo décimo transitorio: 1. Mientras no se dicten o modifiquen las leyes respectivas sobre las Fuerzas Armadas que regulen el procedimiento de designación y duración

miento de estas autoridades mientras no se dicten las leyes respectivas, y respecto de otras materias de regulación legal seguirán vigentes, mientras no se modifiquen, deroguen, sustituyan o se declaren contrarias a la Constitución, ello de conformidad con lo establecido en el artículo segundo transitorio⁴⁴.

En cuanto a la declaración de guerra, el proyecto dispone que ella debe ser autorizada por ley una vez que ha sido propuesta por la Presidenta o el Presidente de la República, norma se encuentra ubicada en el artículo 264 letra k, relativa a las materias que son propias de una ley, no consagrándola expresamente en el artículo 287 sobre atribuciones de quien ejerce la Presidencia de la República, a diferencia de lo que sucede en la CPR, por cuanto la declaración de guerra se contempla en el artículo 32 n.º 19 como en el artículo 63 n.º 15.

En consecuencia, del tenor de las normas contenidas en la propuesta y que hemos analizado hasta ahora, se desprende la mayor injerencia y atribuciones del Presidente de la República en lo que atañe a las Fuerzas Armadas, ya no solo en materia de organización administrativa, sino que, también, en lo relativo al ejercicio del mando militar de las distintas ramas de las instituciones armadas, y, por otro lado, observamos una restricción en cuanto a las funciones que deben desempeñar los cuerpos armados, limitando su ámbito de acción. Ello, a nuestro juicio, estaría dado por una sensibilidad circunstancial de la sociedad chilena en la existencia, regulación y funciones que desempeñan estas instituciones, de conformidad con la realidad de nuestro país de, al menos, los últimos cincuenta años.

de sus autoridades institucionales, los comandantes en jefe del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea serán designados por el Presidente de la República de entre los cinco oficiales generales de mayor antigüedad, considerando los demás requisitos establecidos en los estatutos institucionales correspondientes. Durarán cuatro años en sus funciones, no podrán ser nombrados para un nuevo período y podrán ser removidos por el Presidente de la República en los términos que esta Constitución establece.

2. Mientras no se dicten las leyes que adecúen las funciones de las Fuerzas Armadas, se mantendrán vigentes los preceptos legales que fijan las competencias estatales de control marítimo y de la aeronavegación.

⁴⁴ Artículo segundo transitorio: Toda la normativa vigente seguirá en vigor mientras no sea derogada, modificada o sustituida, o bien, mientras no sea declarada contraria a la Constitución por la Corte Constitucional de acuerdo con el procedimiento establecido en esta Constitución. A partir de la publicación de la Constitución, los jefes de servicio de los órganos del Estado deberán adaptar su normativa interna de conformidad con el principio de supremacía constitucional. Dentro de los cuatro años siguientes a la entrada en vigencia de esta Constitución, la iniciativa de derogación de ley contenida en el artículo 158 también procederá respecto a leyes promulgadas con anterioridad a esta.

II. Cometidos constitucionales de las Fuerzas Armadas

En la sección anterior, nos referimos a las atribuciones del Presidente de la República relacionadas con las Fuerzas Armadas, en que se ha prevenido una mayor injerencia de él y una limitación o restricción de las funciones de estas instituciones. Ahora bien, procede hacerse cargo de los cometidos constitucionales asignados a estas instituciones por la propuesta, por cuanto constituyen el punto cardinal en esta materia.

Estos cometidos se encuentran señalados en el artículo 299 de la propuesta, indicando:

“Son instituciones destinadas al resguardo de la soberanía, independencia e integridad territorial de la república [sic] ante agresiones de carácter externo, según lo establecido en la Carta de Naciones Unidas. Colaboran con la paz y seguridad internacional, conforme a la Política de Defensa Nacional”.

Para los efectos de estudiar estas atribuciones distinguiremos, como lo esboza Pablo Contreras, entre:

- a) Funciones externas y
- b) Funciones internas⁴⁵, con algunas precisiones.

A) FUNCIONES EXTERNAS

Para los efectos de este trabajo académico, las entenderemos como: aquella participación, para los efectos de este trabajo académico, a aquella participación que desempeñarán las Fuerzas Armadas cuando intervenga otro Estado u organismo internacional. Estas funciones se desempeñarán cuando se trate de la protección de la integridad territorial e independencia de Chile ante agresiones externas, así como en acciones de cooperación internacional, como en el caso de operaciones de mantenimiento de la paz. Estas tareas son las inherentes a las instituciones castrenses.

Las funciones externas cuyo sujeto de protección es el propio Estado, que se indican en la propuesta, se encuentran referidas al resguardo de la soberanía, independencia e integridad territorial de la república ante agresiones de carácter externo⁴⁶. Estas funciones o cometidos son los esen-

⁴⁵ Pablo CONTRERAS VÁSQUEZ, “Las Fuerzas Armadas en la Constitución”, p. 324.

⁴⁶ Aquella estructura competencial también ha sido recogida en otros ordenamientos jurídicos, como en España, cuya Constitución de 1978 indica en el artículo 8.1 que las misiones de las Fuerzas Armadas son “garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional”. Esta técnica fue luego recogida en Colombia, en cuya Carta Magna de 1991 señala en el artículo 217: “Las Fuerzas

ciales de todas las Fuerzas Armadas, por cuanto delimitan su misión a aquellos aspectos relativos a la protección del Estado, lo que constituye la gran diferencia con las misiones de las instituciones policiales. La CPR en el artículo 101⁴⁷ indica las misiones constitucionales asignadas a las Fuerzas Armadas que corresponden a la defensa de la patria y a que son esenciales para la seguridad nacional.

Se ha dicho:

“El concepto de patria se utiliza para reforzar el lugar o territorio con que se vincula un sujeto, ya sea por razones culturales, históricas, políticas o afectivas, nociones que quedan comprendidos en la defensa nacional, en lo referente a la protección de la población y de la integridad territorial del Estado”⁴⁸,

estos elementos extrajurídicos y axiológicos denotan una relación existente entre los individuos con el territorio en el que se emplazan y que permean la función principal de los cuerpos armados, que es la Defensa Nacional. No obstante, esta noción sería omnicomprendiva de aquellas misiones que señala expresamente la propuesta, esto es, la protección de la integridad territorial de Chile y a la independencia nacional⁴⁹, que coincide con el sentido de la misión principal indicada⁵⁰. La propuesta ha considerado, en este ámbito, un camino despojado de elementos que caractericen el vínculo anotado, optando por una fórmula descriptiva.

La decisión de suprimir esta noción es armónica con lo que se ha establecido en el preámbulo de la propuesta, con la plurinacionalidad a que se refiere el artículo 1.1, con el señalamiento de que el pueblo de Chile se encuentra conformado por diversas naciones (artículo 2.1), y con el reconocimiento que realiza el artículo 5.1 sobre la coexistencia de diversos pueblos y naciones. Ello en el entendido que se propone la existencia de diversos vínculos históricos y afectivos que no denotan el carácter de unitario a

Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional”. La Constitución de Perú de 1993, en el artículo 165, también consagra misiones en el mismo tenor al establecer que las Fuerzas Armadas “tienen como finalidad primordial garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República”.

⁴⁷ Constitución Política de la República de Chile, artículo 101: “Las Fuerzas Armadas dependientes del Ministerio encargado de la Defensa Nacional están constituidas única y exclusivamente por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Existen para la defensa de la patria y son esenciales para la seguridad nacional”.

⁴⁸ Sergio CEA CIENFUEGOS, “Prospección del bien jurídico en el delito militar: La defensa nacional”, po. 308-309.

⁴⁹ CEA EGAÑA, *op. cit.*, tomo IV, p. 159.

⁵⁰ *Libro de la Defensa Nacional, op. cit.*, p. 96.

que se referiría el concepto de patria, lo que se relaciona positivamente con lo establecido en el artículo 3 de la propuesta, por cuanto indica que Chile comprende un territorio único e indivisible, a pesar de su diversidad geográfica, natural, histórica y cultural. Así, la mantención de la noción ‘patria’ no se condice con esa regulación, más compleja desde el punto de vista subjetivo.

Esta aseveración adquiere mayor potencia al constatar que el texto de la propuesta ha eliminado cualquier referencia a la ‘seguridad nacional’, noción que también tiene un contenido sustancial y axiológico, permeado por hechos históricos desarrollados en el periodo de la guerra fría⁵¹, en especial, respecto de Estados Unidos, y cuyo objetivo consistía en combatir un enemigo interno, identificado con el comunismo, amparado bajo la ideología imperante en la Unión Soviética. Hubo aportes tendientes a otorgarle a esta noción un cariz diverso al señalado, intentando incorporar una comprensión menos restringida asociada a la protección de la soberanía, referida tanto a la independencia como a la autonomía, al bien común, a la igualdad de las personas, y que, en definitiva, se materialice en el principio de la sumisión a la autoridad civil⁵².

Ahora bien, no es propio de los textos constitucionales entregar definiciones acerca de elementos o categorías generales, sino que ello queda entregado a la interpretación que se realice de la disposición en particular y, en este caso, de la naturaleza de las funciones que desempeñe el respectivo órgano del Estado. En consecuencia, es posible realizar las siguientes precisiones sobre los cometidos constitucionales que señala la propuesta:

a.1 Resguardo de la soberanía

El artículo 2.1. de la propuesta indica:

“La soberanía reside en el pueblo de Chile, conformado por diversas naciones. Se ejerce democráticamente, de manera directa y representativa, reconociendo como límite los derechos humanos en cuanto atributo que deriva de la dignidad humana. 2. Ningún individuo ni sector del pueblo puede atribuirse su ejercicio”.

a.2. Independencia

Algunos especialistas en derecho internacional incluyen a la independencia como uno de los elementos del Estado⁵³, tal como la población, territorio

⁵¹ Véase CEA y HERRERA, *op. cit.*, pp. 223-232.

⁵² CEA EGAÑA, *op. cit.*, tomo IV, p. 159.

⁵³ Santiago BENADAVA, *Derecho internacional público*, p. 103.

y gobierno, y que se traduce en “la ausencia de control o subordinación respecto a otro Estado”⁵⁴, y ello significa que el Estado tiene la exclusividad, autonomía y plenitud de sus competencias, y la exclusividad se refiere a que el Estado posee el monopolio de ejercer coerción, jurisdicción y organización de la Administración Pública⁵⁵.

a.3. Integridad territorial ante agresiones de carácter externo

Tal como ya indicamos, esta misión constitucional tiene relación con la protección de uno de los elementos del Estado, que es el territorio, impidiendo, en general, que acciones de otros Estados pueda significar una disminución, detrimento o perjuicio para el territorio estatal, el que debe considerar el espacio terrestre, marítimo, aéreo, ultraterrestre y antártico. Territorio que de conformidad al artículo 3 de la propuesta, es único e indivisible, y corresponderá a las Fuerzas Armadas mantenerlo de esa forma.

La PDN señala que estos cometidos tienen por objetivo:

“Prevenir y disuadir del uso de la fuerza militar en contra de nuestro país o a rechazar agresiones y actos hostiles contra la población, la soberanía, la integridad territorial, su independencia política, los recursos y bienes nacionales, y los intereses nacionales incluyendo ciberataques como forma de agresión”⁵⁶.

Estas misiones se deberían cumplir de conformidad con lo establecido en la Carta de Naciones Unidas, que incorpora en su texto los conceptos de integridad territorial e independencia política al referirse a la prohibición de utilizar la fuerza por parte de los Estados miembros de la ONU para afectarlos⁵⁷.

Asimismo, las misiones de las Fuerzas Armadas relacionadas con el ámbito internacional que se encuentran incorporadas en la propuesta se refieren a la colaboración de la paz y seguridad internacionales de conformidad con la Política de Defensa Nacional, y que constituyen el primer propósito de la ONU, reflejado en el artículo 1 de la Carta de Naciones Unidas, y que se ha recogido en el orden interno chileno al señalar el *Libro de la Defensa Nacional*, que uno de los objetivos de la defensa nacional es “contribuir al mantenimiento y promoción” de estos propósitos de acuer-

⁵⁴ Edmundo VARGAS CARREÑO, *Derecho internacional público. De acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI*, p. 230.

⁵⁵ *Op. cit.*, p. 231.

⁵⁶ Política de Defensa Nacional de Chile, p. 55.

⁵⁷ *Carta de Naciones Unidas*, artículo 2.4.

do con el interés nacional⁵⁸, lo que se identifica con uno de los pilares del concepto de seguridad humana⁵⁹ o “en virtud de compromisos de seguridad asumidos por Chile, de acuerdo con nuestra Política Exterior”⁶⁰.

La cooperación internacional también incluye:

“[La] protección de rutas de comercio internacional, ayuda humanitaria ante catástrofes en otros países, fomento de la confianza mutua, rescate y evacuación de connacionales que enfrenten situaciones de peligro tales como conflicto armado en el extranjero”⁶¹.

B. FUNCIONES INTERNAS

Estas tienen relación con las competencias que detentarían las Fuerzas Armadas de aprobarse la propuesta constitucional, para intervenir en ciertos y determinados asuntos que acontezcan en la órbita interior del Estado, y que constituyen situaciones de excepcionalidad, al escapar de la misión esencial y propia que les corresponde cumplir, relativa a agresiones externas. En este apartado nos referiremos a los actos eleccionarios o plebiscitarios y a los estados de excepción constitucional.

La CPR entregó a las Fuerzas Armadas el resguardo del orden público durante los actos electorales (artículo 18 inciso final), confiriéndole a la ley la forma en que se deberá llevar a cabo esta competencia, y su desarrollo se realiza en la Ley n.º 18700, orgánica constitucional sobre votaciones populares y escrutinios, de 1988, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra fijado por el decreto con fuerza de ley n.º 2 de 2017.

El artículo 122 de la ley precitada reitera la norma constitucional agregando el espacio temporal en que se deberá desarrollar el resguardo del orden público por las Fuerzas Armadas y Carabineros durante los procesos eleccionarios. Continúa el articulado realizando una ordenación detallada sobre este aspecto, incluyendo los deberes y prohibiciones tanto para las Fuerzas Armadas como para los ciudadanos.

La doctrina ha dicho que esta competencia entregada a las Fuerzas Armadas es excepcional en comparación con otros ordenamientos jurídicos en que el resguardo del orden público en estos procesos eleccionarios no le es encargado a los cuerpos armados⁶².

⁵⁸ *Libro de la Defensa Nacional, op. cit.*, p. 99.

⁵⁹ Véase PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano de 1994*; Sergio CEA CIENFUEGOS y Ricardo CORONADO DONOSO, *Derecho militar. Parte general*, pp. 223- 225; CEA y HERRERA, *op. cit.*, pp. 209-246.

⁶⁰ *Política de Defensa Nacional de Chile, op. cit.*, p. 55.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² CONTRERAS, *op. cit.*, p. 325.

Siguiendo el derecho comparado, la propuesta constitucional señala: “El resguardo de la seguridad pública durante las votaciones populares corresponderá a las instituciones que indique la ley” (artículo 160.3), sustrayéndole expresamente esa competencia constitucional a las instituciones de la Defensa Nacional, lo que acarreará una necesaria adecuación de la ley orgánica mencionada, al menos, en este aspecto. Sin embargo, tampoco prohíbe que la ley establezca que sean las Fuerzas Armadas las que efectúen esta labor.

Otra de las funciones internas en que tienen participación las Fuerzas Armadas tiene relación con los estados de excepción constitucional. Así, la CPR establece que en los estados de catástrofe y emergencia⁶³ las zonas respectivas quedarán bajo la dependencia inmediata del Jefe de la Defensa Nacional designado por el Presidente de la República, y así se reitera, más allá de los conflictos de interpretación y aplicación que han presentado, en los artículos 4 a 7 de la Ley n.º 18415, orgánica constitucional de los estados de excepción constitucional.

En la CPR no habría mayores inconvenientes en aceptar la participación de las Fuerzas Armadas en caso de decretarse estado de asamblea en caso de guerra exterior, atendido a la armonía que ello representa con su papel en resguardo de la defensa nacional, más aún cuando sus cometidos tienen como base la agresión externa. Sin embargo, la CPR no hace referencia directa ni indirecta a la intervención de ellas en el caso del estado de sitio, pero sí se desprende ello de los artículos 3⁶⁴ y 15⁶⁵ de la ley citada.

Con la propuesta constitucional ocurre una situación similar, por cuanto no contempla norma expresa relativa a la participación de las instituciones armadas en los estados de sitio o asamblea. Aunque la misma lógica aplicada para el estado de asamblea en la regulación de la CPR es posible aplicarla a la propuesta, toda vez que la actividad esencial de las Fuerzas Armadas se desempeña en caso de agresión externa al Estado y en la cooperación en cuanto a la paz y seguridad internacionales, mientras que para el estado de sitio podría plantearse que la participación de

⁶³ Constitución Política de la República de Chile, artículo 41 inciso final y artículo 42 inciso 2.

⁶⁴ Artículo 3º. Durante el estado de sitio, las facultades conferidas al Presidente de la República podrán ser delegadas, total o parcialmente, en los Intendentes, Gobernadores o jefes de la Defensa Nacional que él designe.

⁶⁵ Artículo 15. Declarado el estado de asamblea o el de sitio por causa de guerra interna y nombrado el Comandante en Jefe de un Ejército para operar contra el enemigo extranjero o contra fuerzas rebeldes o sediciosas organizadas militarmente, cesará la competencia de los tribunales militares en tiempo de paz y comenzará la de los tribunales militares en tiempo de guerra, en todo el territorio declarado en estado de asamblea o de sitio.

ellas dependerá de ejercicio de la jefatura suprema que le corresponde al Presidente de la República según el artículo 298.

La propuesta que comentamos solo contempla la declaración de los estados de excepción de asamblea, en caso de conflicto armado internacional, de sitio, en caso de conflicto armado interno (artículo 301), y de catástrofe, en caso de calamidad pública (artículo 302), eliminando el estado de emergencia en caso de grave alteración del orden público o grave daño para la seguridad de la nación (artículo 42 inciso 1 de la CPR).

Al suprimir la existencia del estado de emergencia, se elimina también la expresión de ‘grave alteración del orden público’ como causal de procedencia en situaciones de excepcionalidad. Algunos han planteado, eventualmente, la subsunción de esta noción en una de mayor generalidad como lo es la calamidad pública, ampliando el ámbito de aplicación del estado de catástrofe. Otros han indicado que no hacer referencia a situaciones de excepción en que se vea afectado el orden público, significaría que las atribuciones presidenciales se verían limitadas⁶⁶, encontrándose imposibilitado de decretar un estado de excepción por situaciones no previstas, de modo expreso, en la Constitución, ni menos aún podría ordenar la suspensión o restricción de derechos fundamentales necesarios para hacer frente a los hechos de carácter excepcional.

Con la CPR se ha podido interpretar que el estado de catástrofe por causa de calamidad pública procede respecto de hechos que con mucha frecuencia son de fuente natural, como un sismo, maremoto, entre otros⁶⁷. Mientras que el estado de emergencia por causa de grave alteración del orden público sería, por regla general, hechos ocasionados por el hombre, como aquellos acaecidos en el mes octubre del año 2019 en Chile, o el conflicto que hoy se desarrolla en el sur de nuestro país. También habrían hechos del hombre que constituirían calamidad pública como provocar una peste por la manipulación de elementos químicos o biológicos, o que para lograr un bloqueo económico se envenene el agua⁶⁸.

Sin embargo, resultaría forzosa una interpretación extensiva acerca de lo que debe entenderse por calamidad pública, en primer término, porque más allá de discusiones normativas y conceptuales, la mayor transcendencia de un estado excepción es la suspensión o restricción de derechos funda-

⁶⁶ María Jesús CHACOFF y Antonia GAJARDO, “¿Qué implica no tener estado de emergencia en caso de alteraciones del orden público?”.

⁶⁷ En ese sentido, en cuanto a las ejemplificaciones, el artículo 496 del *Código Penal* señala: Sufrirán la pena de multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales: N° 2. El que pudiendo, sin grave detrimento propio, prestar a la autoridad el auxilio que reclamare en casos de incendio, inundación, naufragio u otra calamidad, se negare a ello.

⁶⁸ Alejandro SILVA BASCUÑAN, *Tratado de derecho constitucional*, tomo x, pp. 444-445.

mentales, situación que atendida la excepcionalidad no puede interpretarse de manera extensiva ni aplicarse por analogía. En segundo lugar, porque si se considera la alteración del orden público como una forma de ocasionar una calamidad pública, no se advertiría la trascendencia de eliminar el estado de emergencia ni de incorporar su procedencia implícitamente en el estado de catástrofe, más aún cuando aquella decisión puede significar un problema de interpretación, y que, a la postre, tendrán que definir los tribunales en virtud del control que deben realizar sobre esta materia.

Los sistemas jurídicos constitucionales comparados contemplan regulaciones diversas a la señalada en la CPR y en la propuesta, pero consideran todas las causales conocidas en nuestro ordenamiento, incluyendo la alteración del orden público. Así, en Colombia, esta causal, se encuentra contemplada en el estado de conmoción interior⁶⁹, mientras que en caso de calamidad pública procede el estado de emergencia⁷⁰. Brasil, por su parte, señala ambas causales como procedencia del estado de defensa⁷¹, de la misma forma como lo regula Perú en el estado de emergencia⁷².

España⁷³, establece una diferenciación de régimen aplicable para esas causales, así, procederá el estado de alarma⁷⁴ entre otras alteraciones, por

⁶⁹ Artículo 213. En caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de Policía, el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el Estado de Conmoción Interior [...].

⁷⁰ Artículo 215. Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia [...].

⁷¹ Artículo 136. El Presidente de la República puede, oídos el Consejo de la república y el Congreso de Defensa Nacional, decretar el estado de defensa para preservar o restablecer en breve tiempo, en lugares concretos y determinados, el orden público o la paz social amenazadas por una grave y eminente inestabilidad institucional o afectadas por calamidades naturales de grandes proporciones.

⁷² Artículo 137 n.º 1. Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación.

⁷³ Artículo 116 de la Constitución española, en relación con la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

⁷⁴ Artículo cuarto inciso 2, Ley Orgánica 4/1981, señala que procederá el estado de alarma por: a) Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud. b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves. c) Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos veintiocho, dos, y treinta y siete, dos, de la Constitución, concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo. d) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.

catástrofe, calamidades o desgracias públicas, mientras que el estado de excepción⁷⁵ procederá por alteraciones al orden público. Ecuador contempla la procedencia del estado de excepción por diversas causales, entre otras, por grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural⁷⁶.

Una simple comparación con otras Cartas Fundamentales permite advertir que sin importar la forma o régimen como se encuentren reguladas las situaciones de excepcionalidad, todos los Estados anotados contemplan la posibilidad de decretar un estado de excepción por la causal de alteración al orden público.

Adicionalmente, se incluye como novedad la incorporación de principios estructurales que deben ser considerados al ejercerse la potestad conferida al Presidente de la República por el artículo 287 letra e), así como por el Congreso de las Diputadas y Diputados y por la Cámara de las Regiones, cuando deban intervenir, y también deberán ser ponderados por los tribunales de justicia al ejercer el control a que se refiere el artículo 306⁷⁷.

Estos principios o reglas son los de proporcionalidad y necesidad en cuanto a su declaración, renovación, duración, extensión y medios empleados⁷⁸, los que son reforzados en el artículo 303 agregando que la declaración de los estados de excepción no podrá “limitar excesivamente o impedir de manera total el legítimo ejercicio de cualquier derecho establecido en esta Constitución”, además de la fundamentación que deben contener, así como la extensión territorial y temporal.

En cuanto al estado de catástrofe, la propuesta señala que las zonas respectivas quedarán bajo la dependencia inmediata de la jefa o jefe de estado de excepción, señalando imperativamente que deberá ser una au-

⁷⁵ Artículo trece, Ley Orgánica 4/1981. Uno. Cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo [...].

⁷⁶ Artículo 164. La Presidenta o Presidente de la República podrá decretar el estado de excepción en todo el territorio nacional o en parte de él en caso de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural. La declaración del estado de excepción no interrumpirá las actividades de las funciones del Estado.

⁷⁷ Artículo 306. Las medidas adoptadas en ejercicio de las facultades conferidas en los estados de excepción constitucional podrán ser objeto de revisión por los tribunales de justicia tanto en su mérito como en su forma. Las requisiciones que se practiquen darán lugar a indemnizaciones conforme a la ley.

⁷⁸ Artículo 300.2. La declaración y renovación de los estados de excepción constitucional respetará los principios de proporcionalidad y necesidad y se limitarán, respecto de su duración, extensión y medios empleados, a lo que sea estrictamente necesario para la más pronta restauración de la normalidad constitucional.

toridad civil designada por el Presidente de la República, quien asumirá la dirección y supervigilancia del territorio respectivo, mientras que sus atribuciones y deberes se los entrega a la ley (artículo 302.3), mas omite referirse a esta materia en los estados de sitio y asamblea.

De todos los artículos referidos a los estados de excepción constitucional en la propuesta (artículos 300 a 306), solo hay una disposición relativa a las Fuerzas Armadas, y señala que ellas, junto con las policías “deberán cumplir estrictamente las órdenes de la jefa o del jefe de estado de excepción a cargo” (artículo 303.4), remarcando la sujeción de estas instituciones al poder civil. Así ha sido planteado por Pablo Contreras al aseverar:

“Es de suma urgencia que el proceso de deliberación que confluya en la aprobación de una nueva Constitución considere el fortalecimiento de la autoridad civil electa democráticamente ante las declaraciones de estados de excepción constitucional”⁷⁹.

Se reconoce, en consecuencia, la posibilidad de que las Fuerzas Armadas puedan participar en esos estados de excepción en caso de ser decretados.

Como corolario, y con respecto a las funciones de orden interno, hemos dicho que las competencias entregadas a las Fuerzas Armadas en este aspecto, pueden tornarse perjudicial para su prestigio institucional en cuanto escapan de su misión principal y porque podrían no encontrarse siempre capacitadas para hacerlo⁸⁰, ello, sumado a la efervescencia social que se ha experimentado durante los últimos años en que ha habido, por diversos motivos, una cantidad trascendental de estados de excepción declarados en diversas zonas del país, pareciera haber sido recogido por la propuesta constitucional, limitando y estructurando su campo de acción.

III. Deberes y derechos constitucionales de las Fuerzas Armadas en la propuesta de nueva Constitución

Además de las funciones o cometidos constitucionales ya analizados, hemos identificado algunos deberes que deben cumplir las Fuerzas Armadas en el ejercicio de su función pública, tales como:

- a) Los relativos al derecho internacional y el respeto por los derechos fundamentales.

⁷⁹ CONTRERAS y SALAZAR, “Desconstitucionalizar...”, *op. cit.*, p. 24.

⁸⁰ Augusto QUINTANA BENAVIDES, “Rol de las Fuerzas Armadas en los Estados de Excepción Constitucional”, s/p.

- b) Del señalamiento expreso al respeto por los principios de probidad y transparencia.
- c) La trascendencia de algunos derechos de sus integrantes a que nos referiremos al final de este apartado.

A. *DEBERES RELATIVOS AL DERECHO INTERNACIONAL
Y DERECHOS FUNDAMENTALES*

La parte final del artículo 299.1 de la propuesta establece que las Fuerzas Armadas: “Colaboran con la paz y seguridad internacional, conforme a la Política de Defensa Nacional”. Nos hemos referido con anterioridad a la PDN, y que en ella se debe incorporar los principios de cooperación internacional, de igualdad de género y de interculturalidad y el pleno respeto al derecho internacional y los derechos fundamentales (artículo 298.2 del texto de la propuesta).

Aquellas disposiciones propuestas recogen de manera expresa una realidad que impera en el ámbito global que se han materializado en principios de derecho internacional y que han sido recogidos en la PDN y en la *Política Exterior de Chile 2030*, y que han indicado que tanto la paz como la seguridad internacional no son objetivos que se alcanzan de manera aislada por los Estados, sino que ello es producto de una acción cooperativa y preventiva entre los Estados⁸¹.

Algunos de los motivos que señala la PDN para que Chile adquiera y ejecute los compromisos contraídos respecto a la paz y seguridad internacional, tienen relación con:

“La protección de las personas, la libertad y seguridad de interconexión global en las dimensiones aérea, marítima y ciberespacial, además de la protección de los recursos naturales y preservación del medio ambiente para un desarrollo sustentable, entre otros intereses comunes”⁸².

Esos objetivos forman parte del concepto de seguridad humana acuñado por el PNUD, cuyo objetivo es, precisamente, la protección de las personas respecto de amenazas y conflictos de diversa índole⁸³. Su desarrollo ha significado posicionar a la persona en el centro de la preocupación internacional, más allá de las fronteras geográficas y políticas, identificando diversas amenazas relacionadas con la seguridad económica, alimentaria, en materia de salud, ambiental, personal, de la comunidad y política⁸⁴. Es

⁸¹ *Política Exterior de Chile 2030*, p. 60; *Política de Defensa Nacional*, p. 11.

⁸² *Política de Defensa Nacional*, op. cit., p. 12.

⁸³ *Libro de la Defensa Nacional*, op. cit., p. 101.

⁸⁴ PNUD, *Informe sobre desarrollo humano, 1994*, p. 28.

posible advertir una norma, sin perjuicio de otras que se puedan identificar, que tiene un carácter asociado a la seguridad humana y que se recoge en el artículo 53 al asegurar la soberanía y seguridad alimentaria.

En cuanto al artículo 298.2 de la propuesta, se mandata que las políticas públicas indicadas en él deben cumplir, entre otros aspectos, con el pleno respeto al derecho internacional y los derechos fundamentales.

Las fuentes de derecho internacional son diversas, y a través de ellas se han incorporado normas a nuestro ordenamiento jurídico, y se ha planteado que existen disposiciones de la CPR que no se encontrarían acorde con la normativa internacional, en específico con lo declarado en la Carta de Naciones Unidas, como el caso de la guerra, proponiéndose que el texto constitucional debería declarar su pertinencia a aquella declaración⁸⁵. Es así como se ha expresado en la propuesta analizada, aunque con un alcance más amplio, exigiendo que las Fuerzas Armadas desempeñen sus funciones con apego a ella, considerando la abstención del uso de la fuerza para esos efectos⁸⁶.

Lo anterior presenta plena armonía con el objetivo del derecho internacional humanitario, por cuanto a través de su regulación normativa pretende limitar o disminuir los efectos que produzcan los conflictos bélicos, con una protección directa sobre las personas que no forman parte de la guerra, ya sea porque nunca lo fueron o porque dejaron de participar en ella⁸⁷.

Con respecto al desempeño de los cometidos constitucionales, también se propone el pleno respeto de los derechos fundamentales, y sin perjuicio de lo evidente de su expresión, es una circunstancia que ya se había planteado en cuanto a que la defensa nacional tiene como límite “el respeto, protección y promoción de los derechos fundamentales”⁸⁸.

El artículo 19.1 de la propuesta constitucional, establece como deber del Estado “respetar, promover y garantizar el pleno ejercicio y satisfacción de los derechos fundamentales”, y el punto n.º 3 del mismo artículo indica: “toda persona, institución, asociación o grupo deberá respetar los derechos fundamentales, conforme a la Constitución y la ley”.

Existen diversas referencias a los derechos humanos o fundamentales en las normas relativas a las Fuerzas Armadas, como ocurre en el artículo 296.2 al establecer este respeto como límite a la elaboración de la PDN y de la PM, en el artículo 299.2 al exigir el respeto de los derechos fundamentales en el cumplimiento de sus funciones, artículo 299.5 en cuanto indica que la educación militar se funda en los derechos humanos.

⁸⁵ CONTRERAS y SALAZAR, “Desconstitucionalizar...”, *op. cit.*, p. 21.

⁸⁶ Carta de Naciones Unidas, artículo 2.4.

⁸⁷ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, “¿Qué es el derecho internacional humanitario?”, p. 1.

⁸⁸ CEA CIENFUEGOS, “Prospección...”, *op. cit.*, p. 315.

Las Fuerzas Armadas, de acuerdo con la propuesta, serían fiscalizadas por la Defensoría del Pueblo (artículo 124.1) en el cumplimiento de sus obligaciones relacionadas con los derechos humanos, de la misma manera como ocurriría con todos los órganos del Estado, pudiendo realizar recomendaciones (artículos 124.1.b), tramitar y hacer seguimiento a reclamos relativos a vulneraciones de derechos humanos (artículo 124.1.d), deducir acciones y recursos establecidos en la Constitución y en leyes cuando se identifiquen patrones de violación de derechos humanos (artículos 124.1.e), entre otras. De esas atribuciones, se desprende que este órgano autónomo no tiene poder de resolución ni de efectuar órdenes a los órganos sujetos a su fiscalización, puesto sus opiniones no serían vinculantes⁸⁹ e, incluso, se ha señalado que, en el caso español, el Defensor del Pueblo tendría facultades limitadas o restringidas respecto de las instituciones castrenses⁹⁰, debiendo cumplir su deber sin interferir en el mando de la defensa nacional⁹¹.

La institución del *Ombudsman* o Defensor del Pueblo es una institución que ha ido adquiriendo mayor presencia en los ordenamientos jurídicos en el ámbito global, incluyendo Sudamérica y, sin embargo, Chile estaba ajeno a ello⁹². Con todo, es esperable que en caso de aprobación de la propuesta, las funciones de este órgano se realice sin sesgos de ninguna naturaleza que puedan significar una afectación a las funciones propias de los órganos a los que deba fiscalizar.

B. PRINCIPIOS DE PROBIIDAD Y TRANSPARENCIA RESPECTO A LAS FUERZAS ARMADAS

En el capítulo v de la propuesta se trata el buen gobierno y función pública, desarrollando algunos principios generales aplicables a todo aquel que ejerza una función pública, como el caso del de probidad y transparencia.

El artículo 165.1 estipula el estricto apego al principio de probidad en el ejercicio de las funciones públicas, y el artículo siguiente es el que lo define de la siguiente manera:

“El principio de probidad consiste en observar una conducta funcionaria responsable e intachable, desempeñando la función o el cargo correspondiente en forma leal, honesta, objetiva e imparcial, sin incurrir en discriminaciones de ningún tipo, con preeminencia del interés general por sobre el particular”,

⁸⁹ Juan Pablo DÍAZ FUENZALIDA, *El Ombudsman del siglo XXI: Estudio para su institucionalización en Chile*, p. 196.

⁹⁰ *Op. cit.*, p. 197.

⁹¹ Artículo 14 de la, Ley Orgánica 3/1981.

⁹² DÍAZ, *op. cit.*, pp. 70-83.

ampliando el alcance de la definición del artículo 52 inciso 2⁹³ de la Ley n.º 18575.

También exige el cumplimiento de este principio de manera específica en el artículo 109.7 aplicable a todas las personas que ejerzan jurisdicción; a los Cuerpos de Bomberos en el artículo 181.3; a las asociaciones que se generen entre comunas autónomas en el artículo 213.2; a las policías y sus integrantes en el artículo 297.4 y, por cierto, a las Fuerzas Armadas en el artículo 299.4.

El principio de transparencia, por su parte, se encuentra consagrado en el artículo 167 de la propuesta en el sentido de asegurar a todas las personas la transparencia de la información pública. Como contrapartida a aquel derecho reconocido, se establece el deber de dar cumplimiento a este principio por todas las personas que ejerzan una función pública (artículo 167.3). Finalmente, y tal como lo regula la CPR, se establece la posibilidad de excepción a dicho principio general, mandatando a la ley su regulación, pudiendo solo establecer la reserva o secreto:

“Por razones de seguridad del Estado o el interés nacional, protección de los derechos de las personas, datos personales o cuando su publicidad afecte el debido cumplimiento de las funciones de la respectiva institución, conforme a sus fines” (artículo 167.4).

La presencia del principio de transparencia es, incluso, mayor que el de probidad en la propuesta, con un desarrollo profuso en el capítulo v, y con variadas reiteraciones, en especial, en el caso de las policías (artículo 297.4) y las Fuerzas Armadas (artículo 299.4).

La reiteración de normas contenidas en el mismo cuerpo normativo o en otros de superior, igual o inferior jerarquía es una figura bastante presente en nuestro derecho, y ello, en efecto, ocurre al menos con los principios de probidad y transparencia, por cuanto son en exceso, frecuentes, a pesar de encontrarse incluidos en normas de carácter general. Esto debe equilibrarse con la denominada legislación por referencia o por remisión, que se ha estudiado como un vicio de la técnica legislativa⁹⁴, por el uso y abuso de esta herramienta. En este caso, ni la reiteración ni la remisión serían técnicas necesarias de implementar respecto de esos principios, toda vez que existe una norma general cuyo ámbito de aplicación es concreto. Sin perjuicio de ello, puede significar un reforzamiento atendida a una realidad e historia reciente del país, para otorgar mayor confianza a la ciudadanía.

⁹³ Artículo 52 inciso 2 de la Ley n.º 18575: “El principio de la probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular”.

⁹⁴ Jorge TAPIA VALDÉS, *La técnica legislativa*, p. 51-52; Alejandro VERGARA BLANCO, “La técnica legislativa”, p. 122.

C. ALGUNOS DERECHOS CONSTITUCIONALES
DE LOS INTEGRANTES DE LAS FUERZAS ARMADAS

Una de las principales características de la propuesta constitucional es la consagración y reconocimiento de una gran cantidad de derechos de diversa naturaleza, mayormente contenidos en el capítulo II sobre derechos fundamentales y garantías.

Existen dos derechos que han llamado nuestra atención por su trascendencia tanto jurídica como social relacionados con los integrantes de las Fuerzas Armadas, que son el derecho a la defensa jurídica, así como la igualdad de género y la integración paritaria.

El artículo 19 n.º 3 inciso 2⁹⁵ de la CPR realiza una referencia expresa a las Fuerzas Armadas en cuanto al derecho a la defensa jurídica⁹⁶, remitiéndose a las normas específicas que les resultan aplicables, tanto en el ámbito administrativo como disciplinario. De esta manera, es posible advertir el establecimiento de un tratamiento diverso a los integrantes de las Fuerzas Armadas en cuanto al derecho a la defensa, por cuanto no tendría el mismo contenido para aquellos que no son militares ni integrantes de las policías. La causa de la norma estaría dada para

“Superar los inconvenientes que, para la disciplina castrense, podría acarrear la intervención de abogados en asuntos netamente propios de la vida militar”⁹⁷.

No obstante, las diversas opiniones que podrían existir acerca de la interpretación de este precepto, en la propuesta no se consagra una disposición especial tendiente a limitar o restringir el derecho a la defensa jurídica respecto de los integrantes de las Fuerzas Armadas, sino que se observa una estandarización en su ejercicio, teniendo el mismo contenido para todas las personas sin ningún tipo de distinción. El artículo 109 de la propuesta, se refiere al debido proceso y es el numeral 5 el que en específico se refiere al derecho mencionado indicando:

⁹⁵ Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: 3º. La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si 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.

⁹⁶ Véase CEA y HERRERA, *op. cit.*, pp. 217-223.

⁹⁷ CONSEJO DE ESTADO DE CHILE, Acta de la nonagésima primera sesión, 9 de octubre de 1979.

“Toda persona tiene derecho a defensa jurídica y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado”.

A pesar de contener referencias expresas a los procedimientos judiciales, se erige como una norma de aplicación general, no limitada solo a ese tipo de procedimientos, sino que, también, a los de naturaleza administrativa, incluidos los que tienen por objetivo establecer la responsabilidad administrativa. Así, el reconocimiento de la defensa jurídica alcanza a los integrantes de las Fuerzas Armadas, ya sea que intervengan en procedimientos judiciales de cualquier naturaleza, o administrativos, especialmente los de carácter disciplinario, de lo que se deduce que se deben arbitrar medios que garanticen la intervención del respectivo funcionario militar en todos los procedimientos, teniendo el derecho a ser oído, a aportar medios probatorios, a impugnar las decisiones y contar con la asesoría y representación letrada a través de un profesional de su confianza.

Además del derecho a la defensa jurídica, el principio de igualdad de género y la paridad de género han adquirido una importante presencia en la propuesta constitucional, y las Fuerzas Armadas no se encuentran ajenas a su reconocimiento.

El artículo 6⁹⁸ del texto propuesto se refiere a la participación con igualdad sustantiva de mujeres, hombres, diversidades y disidencias sexuales y de género, principio que se ha instalado en nuestra sociedad y que se propone reconocerlo constitucionalmente, permeando todas las instituciones jurídicas y todos los órganos del Estado. Esta disposición se refuerza por lo establecido en el artículo 25.3, al indicar:

⁹⁸ Artículo 6.

1. El Estado promueve una sociedad donde mujeres, hombres, diversidades y disidencias sexuales y de género participen en condiciones de igualdad sustantiva, reconociendo que su representación efectiva es un principio y condición mínima para el ejercicio pleno y sustantivo de la democracia y la ciudadanía.

2. Todos los órganos colegiados del Estado, los autónomos constitucionales, los superiores y directivos de la Administración, así como los directorios de las empresas públicas y semipúblicas, deberán tener una composición paritaria que asegure que, al menos, el cincuenta por ciento de sus integrantes sean mujeres.

3. El Estado promoverá la integración paritaria en sus demás instituciones y en todos los espacios públicos y privados y adoptará medidas para la representación de personas de género diverso a través de los mecanismos que establezca la ley.

4. Los poderes y órganos del Estado adoptarán las medidas necesarias para adecuar e impulsar la legislación, las instituciones, los marcos normativos y la prestación de servicios, con el fin de alcanzar la igualdad de género y la paridad. Deberán incorporar transversalmente el enfoque de género en su diseño institucional, de política fiscal y presupuestaria y en el ejercicio de sus funciones.

“El Estado asegura la igualdad de género para las mujeres, niñas, diversidades y disidencias sexuales y de género, tanto en el ámbito público como privado”.

No obstante, se reitera en la norma específica que regula las Fuerzas Armadas.

La regulación de la perspectiva de género cobra mayor trascendencia, cuando existen profesiones u oficios que se han caracterizado en el ámbito social por ser masculinos, en que las mujeres tienen como excepción, una participación, y ello precisamente se observa en las Fuerzas Armadas, que como ha sido tradición, son instituciones integradas y dirigidas por hombres. Sin embargo, la participación de las mujeres en el ámbito castrense ha ido aumentando de forma considerable en los últimos años. Hacia el año 2017 las mujeres integrantes del Ejército correspondían a un 14,9 %, en la Armada, un 11 % y en la Fuerza Aérea, un 18,2 %⁹⁹, y hacia el mes de abril del año 2021 la cantidad de mujeres en las Fuerzas Armadas ascendía a catorce mil¹⁰⁰.

En el año 2005 se publicó una separata del *Libro de la Defensa Nacional* de 2002 estableciendo ciertos principios relacionados con la equidad de género, como la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, integración en la carrera profesional, competencia profesional, equidad en el trato, responsabilidad del liderazgo hacia subordinados femeninos y conciliación de la vida familiar y profesional en la planificación institucional¹⁰¹.

De esta forma, se advierte una preocupación por parte de las Fuerzas Armadas en general por incluir la perspectiva de género en su ingreso, formación, oportunidades, lo que ha permitido dejar atrás el dogma de que la labor de la defensa nacional de exclusiva masculinidad, sino que se ha fomentado, incluso, las especializaciones, posgrados y participación en misiones de paz¹⁰², no considerando requisitos diferenciados por género, así como remuneraciones acordes con el cargo o grado que se posea sin distinguir entre hombres o mujeres.

La igualdad de género tiene una íntima relación con la paridad, por cuanto reconoce positivamente el papel de la mujer en diversos ámbitos, encaminado a ponerle fin a discriminaciones odiosas en cuanto a capacidades, aptitudes y competencias por razón de género, obligando cuantitativamente a:

⁹⁹ “No hay barreras para la Mujer en la Defensa Nacional”.

¹⁰⁰ Guillermo SAAVEDRA, “Ministerio de Defensa de Chile reconoce a seis mujeres militares destacadas”.

¹⁰¹ *Libro de la Defensa Nacional*, *op. cit.*, pp. 192-193.

¹⁰² *Op. cit.*, p. 194.

“Todos los órganos colegiados del Estado, los autónomos constitucionales, los superiores y directivos de la Administración, así como los directorios de las empresas públicas y semipúblicas”

en el sentido de que a lo menos el cincuenta por ciento de sus integrantes sean mujeres (artículo 6.2 de la propuesta).

El artículo 299.2 se refiere a la promoción de la paridad en materia de Fuerzas Armadas relacionada, en específico, con los espacios de toma de decisión, lo que se traduce en no solo permitir el ingreso de mujeres a las escuelas matrices, para su formación militar y formar parte de las filas de las instituciones castrenses, sino que avanza hacia una participación activa y trascendental, y no solo formal.

La obligación de integración paritaria es referente a órganos colegiados, que no es el caso de las Fuerzas Armadas, salvo excepciones específicas como el caso de las Juntas de Selección y de Apelación relativa a las calificaciones y ascensos. Sino que su deber tiene relación con la promoción de la paridad, permitiendo –sin distinción por razones de género– que tanto hombres como mujeres formen parte de los espacios de decisiones, fomentando una cultura alejada de la caracterización masculina de estas instituciones. De esta manera, no se desprende de las disposiciones de la propuesta que las Fuerzas Armadas se encuentren obligadas a considerar una integración paritaria de todos los funcionarios castrenses, atendido a que no se constituyen como órganos colegiados.

Conclusiones

De lo analizado en el presente artículo académico, desprendemos algunas conclusiones:

1. El establecimiento de la jefatura suprema de la Presidenta o del Presidente de la República y su ejercicio del mando superior de las Fuerzas Armadas, remarca la subordinación de las instituciones militares al poder civil democráticamente electo. Sin embargo, no queda definido si el ejercicio de la potestad disciplinaria y sus procedimientos se verán alterados con estas disposiciones. Del estudio del texto propuesto, existiría una mayor injerencia de la Presidenta o del Presidente de la República relacionada con las Fuerzas Armadas, y como contrapartida, una delimitación más restrictiva a las misiones constitucionales de estas instituciones, lo que estaría dado por una sensibilidad circunstancial derivada de la realidad histórica reciente de nuestro país.

2. La atribución del Jefe de Estado de disponer, organizar y distribuir las Fuerzas Armadas no es original, por cuanto también se contempla en la CPR. Sin embargo, esta competencia estaría limitada por la ley a que se remite el artículo 298.2, en razón a que debería establecer los criterios, alcances, mecanismos de elaboración y aprobación de la PDN y PM, que tendrían injerencia en esta facultad. No obstante, la elaboración de estas políticas públicas seguiría siendo de competencia del Ministerio de Defensa.
3. Constituye una novedad el establecimiento en la propuesta del Jefe del Estado Mayor Conjunto, por cuanto la CPR no se refiere a él ni al órgano del que es titular, y atendida la preocupación de la propuesta constitucional acerca del empleo conjunto de las Fuerzas Armadas –y por mencionar a esta autoridad antes que a los comandantes en Jefe respectivos–, podría estimarse que se pretende alterar la estructura jerárquica de las instituciones castrenses, ubicando al Jefe del Estado Mayor Conjunto como una autoridad por sobre los comandantes en Jefe.
4. La declaración de guerra se mantiene como atribución presidencial, pero con participación del Poder Legislativo, sin embargo, su ubicación se desplaza desde las normas referidas a las atribuciones especiales del máximo jerarca del Estado a aquellas materias propias de ley.
5. Se propone una modificación íntegra en cuanto a los cometidos constitucionales de las Fuerzas Armadas, eliminando las referencias a la defensa de la patria y a su esencialidad para la seguridad nacional, por nociones carentes de contenidos axiológicos, como el resguardo de la soberanía, independencia e integridad territorial de Chile, sumado a la función de contribuir a la paz y seguridad internacional.
6. Aquellos cometidos constitucionales consagrados en la propuesta deberán llevarse a cabo de conformidad con lo establecido en la Carta de Naciones Unidas, en cuanto prohíbe la utilización de la fuerza por parte de los Estados miembros, lo que se relaciona con el propósito del derecho internacional humanitario.
7. En cuanto a funciones internas, que son de carácter excepcional, la propuesta limita el ámbito de participación de las Fuerzas Armadas, por cuanto sustrae expresamente su misión de resguardar el orden público en los actos eleccionarios y plebiscitarios, encargándole a una ley la determinación de los órganos que estarán a cargo de esas actividades. Sin perjuicio, atendido a que

no hay prohibición, el legislador podría indicar que ese papel lo cumplirán las Fuerzas Armadas.

8. Respecto a los estados de excepción constitucional, solo existe una norma referida a las Fuerzas Armadas, y tiene relación con que deberán cumplir con las órdenes de la jefa o jefe de estado de excepción, que deberá ser una autoridad civil. Sin embargo, se ha eliminado el estado de emergencia y, en consecuencia, la noción de grave alteración del orden público como una causal para su procedencia, a diferencia de lo que ocurre en Constituciones comparadas, en que, de alguna forma u otra, permiten decretar estados de excepción por esta causa. A pesar de que algunos han indicado que esta causal podría verse incluida dentro de la expresión de ‘calamidad pública’, es muy factible que ello signifique problemas de exégesis, por cuanto se trata de una materia de derecho estricto, cuya interpretación debe ser restrictiva no procediendo la aplicación por analogía, más aún cuando uno de sus efectos es la limitación de derechos constitucionales. En última instancia, ello debería ser resuelto e interpretado por los tribunales de justicia, en ejercicio de la facultad de control que les concede la propuesta.
9. A pesar de ser una norma general para todos los órganos del Estado, existe en la propuesta una preocupación por someter a las Fuerzas Armadas a un respeto estricto a los derechos fundamentales, lo que debe encontrarse en la PDN, en el ejercicio de sus funciones, así como en la educación militar. Igual interpretación se advierte respecto al apego al derecho internacional.
10. Además, se reiteran normas generales, como el principio de probidad y transparencia, lo que podría significar un reforzamiento de las reglas que las regulan, atendida a una realidad e historia reciente del país, para otorgar mayor confianza a la ciudadanía.
11. En cuanto a los derechos de los integrantes de las instituciones castrenses, se advierte que en cuanto al derecho a la defensa en materia disciplinaria no habría limitaciones o una remisión a una regulación especial como ocurre en la CPR, además de un reconocimiento a considerar la perspectiva de género y la paridad en la toma de decisiones.

Bibliografía

BALLENILLA Y GARCÍA DE GAMARRA, Miguel, “Pascua Militar: Las órdenes del Rey a las Fuerzas Armadas”, en *Historia Actual Online*, n.º 36, Almería, 2015.

- Disponibile en www.historia-actual.org/Publicaciones/index.php/hao/article/view/1144 [fecha de consulta: 5 de junio de 2022].
- BENADAVA, Santiago, *Derecho internacional público*, Santiago, Lexis Nexis, 2004.
- CEA CIENFUEGOS, Sergio, “Prospección del bien jurídico en el delito militar: La defensa nacional”, en *Actualidad Jurídica*, n.º 33, Santiago, 2016. Disponible en https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ33_305.pdf [fecha de consulta: 5 de junio de 2022].
- CEA CIENFUEGOS, Sergio y Ricardo CORONADO DONOSO, *Derecho militar. Parte general*, 2ª ed., Santiago, Thomson Reuters, 2019.
- CEA CIENFUEGOS, Sergio y Ricardo CORONADO DONOSO, “La constitucionalización de las Fuerzas Armadas”, en *Actualidad Jurídica*, n.º 23, Santiago, 2011. Disponible en <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ-Num-23-P435.pdf> [fecha de consulta: 5 de junio de 2022].
- CEA CIENFUEGOS, Sergio y Claudio HERRERA AGUAYO, “Algunas propuestas de reforma constitucional en relación con las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública”, en *Actualidad Jurídica*, n.º 43, Santiago, 2021. Disponible en: <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/04/AJ-N-43-enero-21-Cea-y-Herrera-Algunas-propuestas-de-reforma-constitucional-en-relación-con-las-fuerzas-armadas.pdf> [fecha de consulta: 5 de junio de 2022].
- CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho constitucional chileno*, 3ª ed., Santiago, Ediciones UC, 2013, tomo III.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho constitucional chileno*, Santiago, Ediciones UC, 2016, tomo IV.
- CHACOFF María Jesús y Antonia GAJARDO, “¿Qué implica no tener estado de emergencia en caso de alteraciones del orden público?”. Disponible en www.pauta.cl/factchecking/constitucheck/implicancias-estado-de-emergencia-orden-publico-nueva-constitucion [fecha de consulta: 2 de agosto de 2022].
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, “¿Qué es el derecho internacional humanitario?”, 2004. Disponible en www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/dih.es.pdf [fecha de consulta: 21 de junio de 2022].
- CONSEJO DE ESTADO DE CHILE, Acta de la nonagésima primera sesión, 9 de octubre de 1979. Disponible en <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/34006/4/Sesion92.pdf> [fecha de consulta: 21 de junio de 2022].
- CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo, “Las Fuerzas Armadas en la Constitución”, en Jaime BASSA MERCADO, Juan Carlos FERRADA BÓRQUEZ y Christian VIERA ÁLVAREZ, *La Constitución chilena*, 1ª ed., Santiago, LOM Ediciones, 2015.
- CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo y Sebastián SALAZAR PIZARRO, “Desconstitucionalizar para democratizar: Las Fuerzas Armadas y las Policías en la nueva Constitución”, en *Revista de Ciencia Política*, n.º 58, Santiago, 2020. Disponible en <https://revistapolitica.uchile.cl/index.php/RP/article/view/61560/65342> [fecha de consulta: 5 de junio de 2022].
- CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo y Sebastián SALAZAR PIZARRO, “‘Obedientes y no deliberantes’: Fuerzas Armadas, Autonomía y Control Democrático en Chile”,

- en *Revista Ius et Praxis*, n.º 26, Talca, 2020. Disponible en www.scielo.cl/pdf/iusetp/v26n2/0718-0012-iusetp-26-02-232.pdf [fecha de consulta: 5 de junio de 2022].
- DÍAZ FUENZALIDA, Juan Pablo, *El Ombudsman del siglo XXI: Estudio para su institucionalización en Chile*, tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho, 2018. Disponible en https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/681735/diaz_fuenzalida_juan_pablo.pdf?sequence=1 [fecha de consulta: 31 de agosto de 2022].
- FERNÁNDEZ CAMPO, Sabino, “Las Fuerzas Armadas españolas ante un nuevo siglo”, en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Madrid, 2000. Disponible en www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-M-2000-10051300530 [fecha de consulta: 13 de julio de 2022].
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La posición constitucional de las Fuerzas Armadas en España”, en *Derecho PUCP*, n.º 49, 2005. Disponible en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/5893/5894> [fecha de consulta: 13 de julio de 2022].
- GARCÍA PINO, Gonzalo, Pablo CONTRERAS VÁSQUEZ y Victoria MARTÍNEZ PLACENCIA (coord. académica), *Diccionario constitucional chileno*, Santiago, Cuadernos del Tribunal Constitucional, n.º 55, 2014. Disponible en www.pcontreras.net/uploads/9/6/2/1/9621245/garca__contreras_2014_diccionario_constitucional_chileno.pdf [fecha de consulta: 2 de agosto de 2022].
- Libro de la Defensa Nacional de Chile*, 2017. Disponible en www.defensa.cl/media/LibroDefensa.pdf [fecha de consulta: 13 de julio de 2022].
- MACKAY BARRIGA, JUAN, “Mando militar”, en *Revista de Marina*, n.º 5, 1995. Disponible en <https://revistamarina.cl/revistas/1995/5/jmackayb.pdf> [fecha de consulta: 13 de julio de 2022].
- “No hay barreras para la Mujer en la Defensa Nacional”. Disponible en www.defensa.cl/temas-principales/no-hay-barreras-para-la-mujer-en-la-defensa-nacional/ [fecha de consulta: 31 de agosto de 2022].
- PAUTA, Disponible en www.pauta.cl [fecha de consulta: 2 de agosto de 2022].
- PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano de 1994*. Disponible en <https://hdr.undp.org/system/files/documents/hdr1994escompletonostatspdf.pdf> [fecha de consulta: 24 de julio de 2022].
- QUINTANA BENAVIDES, Augusto, “Rol de las Fuerzas Armadas en los Estados de Excepción Constitucional”, en *Contexto*. Disponible en <https://plataforma-contexto.cl/cms/wp-content/uploads/2021/03/Estados-de-Excepcion.pdf> [fecha de consulta: 13 de julio de 2022].
- SAAVEDRA, Guillermo, “Ministerio de Defensa de Chile reconoce a seis mujeres militares destacadas”. Disponible en https://dialogo-americas.com/es/articles/ministerio-de-defensa-de-chile-reconoce-a-seis-mujeres-militares-destacadas/#.Yw_Dxy2LGbR [fecha de consulta: 31 de agosto de 2022].
- SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *Tratado de derecho constitucional*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, tomo x.

- TAPIA VALDÉS, Jorge, *La técnica legislativa*, Santiago, Editorial Jurídica, 1960. Disponible en https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/11407/1/La_técnica_legislativa.pdf&origen=BDigital [fecha de consulta: 5 de junio de 2022].
- VARGAS CARREÑO, Edmundo, *Derecho internacional público. De acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007.
- VERGARA BLANCO, Alejandro, “La técnica legislativa”, en *Seminario El proceso Legislativo en Chile*, Valparaíso, 1992. Disponible en <http://vergarablanco.cl/la-tecnica-legislativa/> [fecha de consulta: 13 de julio de 2022].

NORMAS CONSULTADAS

- Carta de Naciones Unidas*. Disponible en <https://www.un.org/es/about-us/un-charter> [fecha de consulta: 9 de abril de 2022].
- Consolidado normas aprobadas para la propuesta constitucional por el pleno de la Convención de mayo de 2022.
- Código Penal* de Chile.
- Constitución Política de la República de Chile.
- Constitución Política de la República Federativa del Brasil.
- Constitución Política de Colombia.
- Constitución de la República del Ecuador.
- Constitución española.
- Constitución Política del Perú.
- Ley n.º 18575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.
- Ley n.º 18948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas.
- Ley n.º 20424, Estatuto Orgánico del Ministerio de Defensa Nacional.
- Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, de España.
- Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, de España.
- Política Exterior de Chile 2030*, 2018. Disponible en <http://biblioteca.digital.gob.cl/handle/123456789/2299> [fecha de consulta: 5 de julio de 2022].
- Política de Defensa Nacional de Chile*, 2020. Disponible en <https://www.defensa.cl/wp-content/uploads/POL%C3%8DTICA-DE-DEFENSA-NACIONAL-DE-CHILE-2020.pdf> [fecha de consulta: 5 de julio de 2022].
- Propuesta Constitución Política de la República de Chile.
- Reglamento de disciplina para las Fuerzas Armadas*. Decreto 1445, del Ministerio de Defensa Nacional, del 14 de diciembre de 1951.
- Reglamento de Investigaciones Sumarias Administrativas de las Fuerzas Armadas*. Decreto 277, del Ministerio de Defensa Nacional, del 9 de abril de 1974.

Siglas y abreviaturas

| | |
|-----------------|--|
| coord. | coordinadora |
| CPR | Constitución Política de la República de Chile |
| ed. | edición |
| http | Hyper Text Transfer Protocol |
| https | Hyper Text Transfer Protocol Secure |
| <i>ibid.</i> | <i>ibidem</i> (allí, en ese mismo lugar) |
| LOCFFAA | Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas |
| n.º a veces Nº | número |
| ONU | Organización de las Naciones Unidas |
| <i>op. cit.</i> | <i>opus citatis</i> (obra citada) |
| p. | página |
| PDN | Política de Defensa Nacional |
| PM | Política Militar |
| PNUD | Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo |
| pp. | páginas |
| s/p | sin páginas |
| UC | Universidad Católica |
| www | World Wide Web |

SUCESIÓN DE ESTADOS Y LA GUERRA DEL PACÍFICO

SUCCESSION OF STATES AND THE WAR OF THE PACIFIC

*Rodrigo Céspedes Proto**

Resumen

En este trabajo se examina la institución de derecho internacional llamada “sucesión de Estados”. Primero se analizan los casos de modificación de las obligaciones, según el derecho privado. Después se estudia la subrogación personal, la novación y doctrina contemporánea de la sucesión de Estados. Finalmente, se reseñan dos precedentes chilenos que se anticipan al derecho internacional moderno.

Palabras clave: Sucesión de Estados, historia del derecho internacional, Guerra del Pacífico, novación, subrogación, modificación de las obligaciones.

Abstract

This paper examines the institution of international law called “succession of States”. First, it analyzes the cases of modification of obligations according to the private law doctrine. The contemporary doctrine of state succession and personal subrogation is then studied. Finally, two Chilean precedents that anticipate modern international law are examined.

Keywords: succession of States; history of international law; War of the Pacific; novation; subrogation; assignment.

* Doctor en Derecho. Researcher, Max Planck Institute for Social Anthropology, Department of Law and Anthropology. Correo electrónico: rodcespedes@yahoo.com. Artículo recibido el 1 de agosto de 2022 y aceptado para publicación el 24 de agosto de 2022.

Introducción: La Guerra del Pacífico

Como bien se sabe, la Guerra del Pacífico (también llamada Guerra del Salitre), tuvo lugar entre 1879 a 1883. El conflicto surgió de una contienda entre Bolivia y Perú contra Chile por el control de una parte importante de la costa del Pacífico causado por razones económicas, geopolíticas y territoriales. El área en disputa contenía valiosos recursos minerales, principalmente nitrato y cobre. En 1879, Chile ocupó parte del territorio boliviano en repuesta a la violación del Tratado de 1874¹, el cual fijaba una invariabilidad tributaria temporal a los capitales chilenos, en especial a la Compañía de Salitres y Ferrocarril de Antofagasta². Desde el comienzo de la guerra, Chile tuvo un control efectivo sobre ese territorio sin encontrar notable resistencia. La invasión chilena activó el Pacto Secreto de Alianza Defensiva de 1873 entre Perú y Bolivia y comenzó la guerra entre los tres países. Al poco tiempo, ganada la campaña naval, Chile también ocupó una parte considerable del territorio peruano, en particular, las provincias de Tacna y Arica, Con posterioridad, ocuparía Lima. Las guerrillas peruanas siguieron combatiendo contra las fuerzas chilenas de ocupación hasta la firma del Tratado de Ancón (1883). Al año siguiente se firmó el Pacto de Tregua entre Bolivia y Chile (1884), que puso fin al estado de guerra entre ambos países. Como consecuencia de la victoria chilena, Bolivia pierde su salida al mar tras ceder el desierto de Atacama, Perú cedió Arica y Tarapacá por un tiempo definido; dada la riqueza del territorio conquistado, el salitre se convierte en la principal fuente de ingresos para Chile y comienza un periodo de auge de la influencia militar y política en Sudamérica³.

¹ El Tratado de 1874 entre Bolivia y Chile fijó la línea fronteriza en el paralelo 24.ºS. Además, Bolivia se obligó a no aumentar durante veinticinco años los derechos de exportación en el territorio situado entre los paralelos 23.ºS y 24.ºS, a las personas, capitales y negocios chilenos, quienes solo quedarían sujetos a los tributos existentes (artículo IV). En 1878 se aprobó por Bolivia el “impuesto de los 10 centavos” que se pretendió imponer a la Compañía de Salitres y Ferrocarriles de Antofagasta por cada cien kilos de salitre exportado. La empresa rehusó pagar porque por ser una infracción al Pacto. La Compañía solicitó la protección del gobierno de Chile y hubo una corta negociación, pero, al final, Bolivia decidió cobrar el impuesto. Ante la negativa de pago, Hilarión Daza dejó sin efecto las concesiones otorgadas a la empresa chilena, embargó sus bienes y ordenó su remate público. Luego, las fuerzas chilenas impidieron el remate con la ocupación chilena de Antofagasta.

² La Compañía de Salitres y Ferrocarril de Antofagasta era una sociedad anónima, con capitales chilenos y británicos, que operaba negocios salitreros en la zona de Antofagasta después de adjudicarse la concesión para explotar terrenos ricos en nitratos dada por Bolivia. Luego, obtiene la concesión para construir un ferrocarril entre Antofagasta a Salinas.

³ Una buena fuente para entender las causas, desarrollo y consecuencias del conflicto, Gonzalo BULNES, *Guerra del Pacífico*.

En aquella época, del derecho internacional moderno recién se estaba formando. Las fuentes más importantes eran: La doctrina de los autores, las pocas declaraciones internacionales multilaterales, la jurisprudencia arbitral internacional y los tratados bilaterales de amistad, comercio y navegación. Hay, también, una fuente bastante ignorada: las sentencias nacionales, reducidas a la jurisdicción de un país, cristalizan el derecho internacional de la época. Las decisiones judiciales son una importante evidencia de la práctica internacional de los Estados. Los tribunales chilenos fueron prolíficos en aceptar el derecho internacional durante la guerra, aplicando el incipiente derecho humanitario⁴, las contribuciones de guerra⁵ o los famosos juicios de presas y premios en caso de captura legítima de naves enemigas. Una de las instituciones más interesantes de analizar es la sucesión de Estados en conflictos suscitados entre Chile y particulares, que tenían relaciones jurídicas con los países militarmente ocupados. Se examinarán la modificación de las obligaciones, la novación, la subrogación personal y la doctrina sobre la sucesión de Estados. Después, se explicarán dos importantes sentencias chilenas que aplican esta institución y se aportarán algunas conclusiones al respecto.

*I. Novación y modificación de la obligaciones*⁶

La modificación de las obligaciones es una institución estudiada por el derecho privado que sirve de analogía para entender la sucesión de Estados (una institución propia del derecho internacional público). La modificación de las obligaciones son variaciones que pueden experimentar los

⁴ El *ius in bello* vigente en esa época, un incipiente derecho humanitario, regulaba la restricción de los métodos de combate y la protección de las personas ajenas al conflicto. En 1879, Chile editó un folleto denominado *El derecho de la guerra según los últimos progresos de la civilización* que incluyó: Código Lieber de 1863 (las Instrucciones para la conducción de los Ejércitos de Estados Unidos durante la Guerra de Secesión); la Convención Internacional de Ginebra (1864, más el *adendum* de 1868), destinado a aliviar la suerte de los heridos y prisioneros; la Declaración de San Petersburgo (1868), que prohibía el uso de munición que provocare daños innecesarios a los combatientes (en particular balas explosivas) y la Declaración de Bruselas (1874), sobre las Leyes y Costumbres de Guerra (nunca entró en vigencia, pero sirvió de base para la Convención de la Haya de 1899). Con frecuencia los tribunales chilenos de la época hacen alusión al principio humanitario y a estos textos internacionales.

⁵ Rodrigo CÉSPEDES, "Contribuciones de Guerra durante la Ocupación de Tacna: El caso Vargas (1907)", pp. 225-230.

⁶ Sobre la modificación de las obligaciones, René ABELIUK MANASEVICH, *Las obligaciones*, p. 1031 y ss.; sobre la novación, p. 1089 y ss.

derechos y los deberes jurídicos correlativos, en sus elementos objetivos y subjetivos, sin que por esto se extinga dicho derecho y el correlativo deber. El término ‘obligación’ (utilizado en sentido amplio) engloba al derecho y al deber jurídico correlativo o deuda (denominada también obligación en sentido estricto). Entonces, no obstante variar uno de sus elementos objetivos (la cosa en un derecho real, o la prestación en uno personal) o alterar uno de sus elementos subjetivos (el sujeto pasivo o el activo), *se mantiene* el mismo derecho y su deber correlativo, conservándose, además, las mismas garantías, sean cauciones y preferencias⁷. Si el derecho principal no se extingue, aunque cambien elementos objetivos y subjetivos, lo accesorio se mantendrá⁸. En la modificación de derechos y deberes se conserva la continuidad del derecho a pesar de los cambios.

Una institución similar a la modificación de las obligaciones es la novación. Esta consiste, en cambio, en el reemplazo de una obligación antigua por una nueva, extinguiéndose esta última (artículos 1567 n.º 2 y 1628 a 1651 del *Código Civil*). La novación es una forma de extinción de las obligaciones y consiste en que las partes, por medio de una convención, ponen fin a una obligación pendiente y la substituyen por otra nueva. En ella, los cambios implican una ruptura o quiebre en la continuidad del derecho y se hablará de un derecho antiguo extinguido y uno nuevo que nace a consecuencia de las alteraciones. Por lo tanto, como cambian las obligaciones (una se extingue y otra nace), las cauciones y preferencias que accedían a la obligación primitiva se extinguen y no acceden a la nueva obligación, siguiendo el aforismo “lo accesorio sigue la suerte de lo principal”.

La novación y la modificación de las obligaciones tienen cierta similitud, puesto que en ambas hay variación de elementos objetivos y subjetivos. Sin embargo, hay una gran diferencia entre ambas. En la primera, existen *dos obligaciones distintas*: la antigua, que es extinguida y la nueva, que la reemplaza. En la modificación, en cambio, se tiene un mismo derecho en el cual varían sus elementos internos y, empero esta variación, la misma obligación se mantiene, existe una solución de continuidad sin ningún quiebre. La importancia de saber si estamos en presencia de una u otra figura tiene relación con las cauciones y preferencias. Si hay novación, estas se extinguen con la obligación principal a la que accedían; por lo tanto, la

⁷ Las preferencias son circunstancias que hacen que el crédito se pague antes que otros en el evento de insolvencia del deudor, lo que le da una mayor probabilidad de ser pagado (artículos 2469-2470 del *Código Civil*); pero también pueden consistir en cauciones: bienes (hipoteca o prenda) u otro patrimonio (solidaridad o fianza) afectos al cumplimiento de una obligación.

⁸ Analógicamente un niño crece y cambia; aunque es la misma persona: hay una continuidad de su ser, pese a los cambios experimentados.

nueva obligación que la reemplaza *no tendrá* los mismos elementos accesorios. En la modificación, en cambio, al existir siempre la misma obligación (aunque con cambios en sujeto u objeto), se conservan las mismas cauciones y preferencias. En este punto, se analizará solo la modificación de derechos subjetivos y deberes correlativos sin detenerse mucho en la novación, ya que la sucesión de Estados no tiene que ver con esta. En derecho privado, para distinguir ambas figuras, se debe estar a la voluntad de las partes (si estas dan por entendido que pese a la alteración de algunos elementos se mantiene la misma obligación) y también a lo señalado por la ley (que señala cuáles cambios constituyen o no novación).

Como se anticipó, es posible clasificar la modificación de los derechos subjetivos y de la correlativa obligación según cuál es el elemento que cambia en modificaciones objetivas y subjetivas.

1. MODIFICACIONES OBJETIVAS DE LAS OBLIGACIONES

En la modificación objetiva de las obligaciones, lo alterado es la prestación en un derecho personal o la cosa objeto de un derecho real. Hay varios ejemplos de esta figura. Uno de ellos es la subrogación real, la que consiste en la sustitución de una cosa por otra, que ocupará su misma posición jurídica. Uno de los casos más simples de entender es el contrato de seguro. El bien asegurado destruido es reemplazado por la indemnización pagada por la compañía aseguradora. Las cauciones que garantizan un bien asegurado recaerán sobre la indemnización pagada por la aseguradora. Otro ejemplo es el incumplimiento contractual y cumplimiento por equivalencia. En efecto, el Artículo 1672.1 del *Código Civil* señala que, en caso de un incumplimiento contractual, se puede pedir la ejecución forzada o la indemnización de perjuicios. En el último caso, sucede un cumplimiento por equivalencia: la indemnización ocupa el lugar de la prestación original.

Un caso diferente a la subrogación real es la disminución o aumento de la cosa sobre la cual recae el derecho. El objeto del derecho varía cuantitativamente, pero se mantiene el mismo derecho sobre él. Es posible que las facultades correspondientes al derecho se restrinjan o se amplíen, pero el derecho será el mismo. La variación del objeto, aumento o disminución, puede ser material o jurídica. En la variación material, se encuentran los diversos casos de accesión (artículo 643 del *Código Civil*): como la edificación, los frutos o el aluvión. En estas situaciones la cosa sufre modificaciones, pero el derecho que recae sobre esta es exactamente el mismo. Por ejemplo, el derecho de dominio sobre un terreno sigue manteniéndose, aunque el predio sufra algunas variaciones a causa de un aluvión (artículo

649 del *Código Civil*), una edificación (artículo 668 del *Código Civil*) y, en general, todas las demás formas de accesión (artículo 649 del *Código Civil*). En la variación jurídica, en cambio, se amplían o se restringen las facultades de un derecho. Por ejemplo, la nuda propiedad coexiste con el usufructo, pero la propiedad puede consolidarse y transformarse en plena (artículo 765.2 del *Código Civil*). En este caso no cambia la cosa, sino que aumentan las facultades que se tienen sobre esta⁹. Otro caso diferente a la subrogación real y las variaciones en el objeto de la obligación es residual: toda modificación de la prestación que no implique novación objetiva como señalan los artículos 1633 y 1648 del *Código Civil*: no obstante los cambios, no hay reemplazo de una obligación por otra. O sea, hay una simple modificación objetiva y, a pesar de la mutación, la misma obligación se mantiene. El artículo 1633 del *Código Civil* se refiere a cambios accesorios en las obligaciones consistentes en la inclusión de una condición en un acto jurídico puro y simple; o la exclusión de una condición de un acto jurídico sujeto a modalidades. El Artículo 1648 del *Código Civil* se refiere a la alteración del lugar del pago. En estos casos no hay novación, por lo tanto, existe modificación objetiva, ya que el cambio se considera secundario o incidental. Si bien las mutaciones, la misma obligación se mantiene, conservándose las garantías sin que exista ruptura y manteniéndose la solución de continuidad.

En términos internacionales, una nueva isla surgida de una erupción volcánica submarina dentro del mar territorial sería una forma de accesión, ampliando el territorio de un Estado. También en derecho internacional, los antiguos protectorados reconocidos como Estados autónomos en potencia mantenían en alguna medida sus soberanías con autonomía local sobre asuntos internos. Esta institución se aplicaba a entidades políticas que no podían ser del todo independientes por su escasa institucionalización. El Estado protector, por medio de tratados, ejercía su tutela en lo relativo a la defensa militar, relaciones exteriores y al mantenimiento del orden interno, sin considerar al Estado protegido su posesión directa (no es una colonia), conservando su personalidad internacional independiente. Si este Estado protegido lograba una independencia total, su soberanía se consolidaba y reunía todas sus facultades. Probablemente una mejor analogía podría ser el caso de los mandatos de la Sociedad de las Naciones después de la Primera Guerra Mundial sobre varios territorios pertenecientes a los

⁹ Por ejemplo, si se imagina un abuelo que se reserva el derecho de uso y goce sobre un predio (usufructo), transfiriéndole a su nieta solo la facultad de disposición (mera o nuda propiedad). Muerto el abuelo, la propiedad se consolida en el patrimonio de la nieta, pasando de nuda propiedad a plena propiedad (uso, goce y disposición).

imperios derrotados. La potencia controladora, supervisada por la comunidad internacional, asumía más o menos funciones de acuerdo con el grado de desarrollo del país controlado¹⁰. La idea era que pudieran lograr su plena independencia, como fue el caso de Irak en 1932. Obtenida esta, la soberanía se consolidaba y el país tenía un gobierno capaz de ejercer todas las funciones que –de acuerdo con el derecho internacional– tiene un Estado. La misma idea está detrás de los fideicomisos de las Naciones Unidas después de su creación, que reemplazó al sistema anterior. Muchos de los territorios bajo ese régimen lograron la independencia.

2. MODIFICACIÓN SUBJETIVA DE LA OBLIGACIÓN: CASOS DE SUBROGACIÓN PERSONAL Y DIFERENCIA CON NOVACIÓN SUBJETIVA¹¹

Como se ha dicho, la modificación subjetiva de la obligación se refiere a cambios de su sujeto activo (acreedor) o pasivo (deudor) sin que exista novación subjetiva. En consecuencia, se mantiene el mismo derecho, no obstante la alteración del sujeto activo o pasivo. En la modificación subjetiva por cambio de sujeto activo se altera la persona del acreedor. Esta puede ser por transferencia o transmisión.

La transferencia es el traspaso de un derecho por acto entre vivos y es siempre a título singular, nunca a título universal, lo que se deduce de varios artículos del *Código Civil*¹². Un caso de transferencia es la cesión de créditos (artículos 699 y 1901 a 1909 del *Código Civil*). En esta

¹⁰ El artículo 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones, establecía este régimen internacional que se aplicaba a las colonias y territorios que habían dejado de estar bajo la soberanía de los Estados que antes los gobernaban y que, por otra parte, estaban habitados por pueblos aún no capaces de dirigirse por sí mismos.

¹¹ Sobre la subrogación en general, Luis CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, p. 212 y ss.

¹² El artículo 1407.1 del *Código Civil* señala que no hay donación universal de todos los bienes de una persona o una cuota de ellos. Los bienes se deben singularizar o detallar para que esta donación sea válida. A su vez, el artículo 1811 del *Código Civil* establece que no es posible vender todos los bienes sin antes ser especificados. Además, el artículo 2056 señala que no hay sociedades a título universal. Así, un socio no puede aportar todos sus bienes o una cuota de ellos sin ser especificados. Este principio no es absoluto para todo el derecho privado; el derecho comercial reconoce las figuras de la fusión de sociedades (artículo 99 de la Ley n.º 18046 sobre Sociedades Anónimas; artículo 35 bis y 49 n.º 11 del DFL 3/1997 Ministerio de Hacienda que fija el texto refundido de Ley General de Bancos) lo que implican transferencias a título universal o uniones de patrimonio. Lo mismo las transferencias de negocios o “cesiones de cartera” de las compañías de seguro (artículo 27 del DFL 251/1931 Ministerio de Hacienda sobre Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio).

cesión, hay un cambio de acreedor, manteniéndose el mismo derecho y conservándose las mismas cauciones y preferencias. Otro caso es la acción oblicua o subrogatoria (artículo 2466 del *Código Civil*), que consiste en la autorización que la ley concede al acreedor para ejercer derechos y acciones que le pertenecen al deudor cuando este negligente o maliciosamente no los ejercita. También nombrar al pago con subrogación (artículos 1608 a 1613 del *Código Civil*), que consiste en la sustitución de un acreedor por otro a consecuencia del pago que hace al primero.

La transmisión, es el traspaso de los derechos por causa de muerte. Cuando una persona muere, traspasa todos sus derechos y obligaciones a sus herederos. La acción anterior se puede revestir dos formas: a título universal y a título singular. A título universal (artículos 951.2 y 1097 del *Código Civil*) significa que se “sucede” (subroga) al difunto en todas sus obligaciones y derechos transferibles o una cuota de ellos, sin designación de bienes específicos. Cuando a título universal puede tener por fuente la ley o el testamento. Por otro lado, la que es a título singular (artículos 951, 1104 y 1127 del *Código Civil*) se sucede al difunto en un bien específico. Técnicamente se denomina legado y tiene por fuente solo el testamento.

En la modificación subjetiva por cambio de sujeto pasivo lo que muta es el deudor, pero el derecho también sigue siendo el mismo. Puede revestir dos formas. La transferencia que solo asume la forma es la “cesión de deuda” y es discutido si esta figura tiene aplicación en Chile (no da lo mismo quien sea el deudor, ya que pueden ser más o menos solventes). Lo único que se regula en Chile es la novación por cambio de deudor. No es lo mismo que una cesión de deudas, pues en esta se tratará de la misma obligación; en cambio, en aquella, por cambio de deudor, la alteración del sujeto pasivo implicará la extinción de la obligación primitiva y el nacimiento de una nueva, con la consiguiente extinción de todo lo accesorio. También existe la transmisión, que puede ser a título universal (artículo 1097 del *Código Civil*) y singular (artículo 1360 del *Código Civil*). Por la transmisión a título universal, los herederos además de ser titulares de los derechos del difunto, asumen sus deudas, pues suceden en todo el patrimonio del causante. El testamento puede imponer deudas a determinados asignatarios, pero esto es inoponible para los acreedores. Todos son casos de subrogación personal, que consiste en la sustitución de una persona por otra, que ocupará su misma situación jurídica. *Mutatis mutandi*, la sucesión de Estados es una modificación subjetiva de las obligaciones en el ámbito internacional, una subrogación personal activa o pasiva a título universal. Se ahondará más en la institución de la subrogación personal; luego se dará paso a la explicación de la sucesión de Estados y se explicarán dos casos chilenos que aplican esta institución internacional.

II. Subrogación personal y sucesión de Estados: Noción y ejemplos históricos

En términos muy amplios, la subrogación personal es la sustitución de una persona por otra y, no obstante esta alteración, se aplica el mismo régimen jurídico que a la persona reemplazada. De esta manera, el subrogante asume la posición jurídica del subrogado, “se pone su sombrero” o “está en sus zapatos”, para explicarlo en forma simple. La subrogación puede darse en cualquiera de las dos posiciones de una obligación, la acreedora o deudora. La persona subrogante puede asumir también ambas posiciones, deudora y acreedora a la vez. La sucesión de Estados es una subrogación personal regulada por el derecho internacional, al mismo tiempo activa y pasiva, y a título universal, ya que se asume todo o una cuota de la posición jurídica del Estado subrogado, tanto en los derechos como en las deudas. Así lo entendieron los tribunales chilenos con respecto a los territorios ocupados durante la Guerra del Pacífico.

La sucesión de Estados, en términos simples, es una institución del derecho internacional en la cual un Estado (el predecesor) es sustituido por otro Estado (el sucesor) y asume su misma posición jurídica. Esta sucesión puede ser en todo o en parte del territorio, o sea, universal o parcial¹³. La universal ocurre cuando un Estado se extingue por completo y su soberanía es eliminada y reemplazada por la de uno o más Estados sucesores. Una parcial acontece cuando un Estado continúa existiendo después de haber perdido el control de una parte de su territorio (como pasó con Perú y Bolivia). Esto implica que el Estado reemplazante o sucesor asume los derechos y obligaciones del Estado antecesor sobre todo, aquellas emanadas por sus tratados internacionales, sus facultades de administración y la relación con los habitantes del territorio en el que ejerce sus funciones, en especial la calidad de deudor o acreedor. La que interesa, y será la cuestión controvertida en los casos chilenos a examinar, es la sucesión de Estados cuando se obliga con los particulares, mucho más vulnerables.

Hoy, esta institución se encuentra regulada puesto que, con la globalización, existen muchos tratados de las más diversas especies, organismos internacionales y alianzas militares. Con la doctrina y regulación de la sucesión de un Estado se da más certidumbre a las relaciones internacionales y mantienen razonablemente las expectativas de otros países. La regulación actual se encuentra en la Convención de Viena sobre la Sucesión de Esta-

¹³ La obra más completa sobre la materia, Patrick DUMBERTY, *State succession to international responsibility*.

dos en Materia de Tratados de 1978 (en vigor desde el 1996)¹⁴, normando las responsabilidades de los Estados sucesores en materia de instrumentos internacionales. Se puede pensar en los cambios en los territorios de los Estados, como la transferencia de Luisiana o Alaska a Estados Unidos, o la incorporación de Alemania Oriental a Alemania Occidental después de la caída del muro de Berlín. Las causas históricas de esta institución son, en concreto: guerras, anexiones de territorio, fusión o división de Estados. Los casos más conocidos son, por ejemplo, el fraccionamiento en varios países con la disolución del Imperio austro-húngaro después de la Primera Guerra Mundial, la descolonización de África y Asia después de la Segunda Guerra Mundial, la separación de China y Taiwán o de India y Pakistán, la disolución de la Unión Soviética y de Yugoslavia o la separación de República Checa y Eslovaquia por referéndum en 1993. En todos estos casos era necesario determinar cuáles de esos nuevos países asumirían los derechos, responsabilidades y obligaciones establecidas fuera o dentro de pactos internacionales en materias como: comercio, misiones diplomáticas, reservas en el exterior o control de armas (pensemos en el armamento nuclear de la ex Unión Soviética, asumido por Rusia). El fenómeno está relacionado con un problema de discontinuidad o interrupción de la personalidad internacional de un Estado. Un Estado que cambia su estructura constitucional interna o en su población, conserva su identidad jurídica anterior, con todos los derechos y obligaciones anteriores en virtud del derecho internacional a pesar de los cambios mencionados. El problema se plantea en el caso de mutaciones de territorio por razones bélicas.

En el siglo XIX no existía la regulación actual, así que todo se resolvía en el ámbito de la doctrina, principios generales del derecho, costumbre internacional y analogía. Se planteaba la cuestión de que un Estado sucesor debía asumir las responsabilidades del Estado predecesor y quedaba, por tanto, jurídicamente vinculado. Una teoría podría sostener que en muchos casos hay una especie de *tabula rasa*. Así, la responsabilidad con un Estado sucesor se extingue y existe una ruptura con las obligaciones asumidas por el Estado antecesor. Si se hace un símil con el derecho privado, se estaría en presencia de un caso de novación: el cambio de sujeto alteraría, en esencia, la obligación de forma que esta desaparece. El problema es que la aplicación práctica de una doctrina de este tipo implica una considerable inseguridad.

¹⁴ Este acuerdo internacional, basado en el derecho consuetudinario, regula la sucesión de Estados y, en particular, el régimen jurídico de un nuevo Estado frente a los pactos internacionales de los que el Estado predecesor era parte. El principio general es la continuidad de las obligaciones de los tratados. La excepción es la *tabula rasa*, que solo podría aplicarse a los Estados recién descolonizados.

ridad jurídica. Por eso, la teoría de la sucesión de Estados, que establece la continuidad de las relaciones jurídicas, otorga mayor certeza. En analogía con el derecho privado, se asimilaría con la subrogación del causante por sus herederos. Los tribunales chilenos abordan esta cuestión en el contexto de la ocupación militar durante la Guerra del Pacífico. A continuación, se examinan dos casos paradigmáticos.

III. Dos precedentes chilenos

Los precedentes chilenos revelan una práctica internacional sobre sucesión de Estados y anticipan la regulación que se daría en el siglo xx. Se comentaran dos precedentes relevantes, si bien hay muchas más decisiones, varias relacionadas con el régimen legal de las salitreras. Estos fallos son una fuente privilegiada para estudiar cómo se desarrolló esta institución en el siglo xix. Se expondrán los hechos, el fallo y se comentarán ambos según los conceptos ya descritos.

1. LA COMPENSACIÓN DE DEUDAS RECÍPROCAS: EL CASO NEVES (1880)¹⁵

Es probable que este sea uno de los casos chilenos más importantes sobre derecho de gentes del siglo xix. Al inicio de la Guerra del Pacífico Rodrigo Neves, un ciudadano boliviano, prestaba, con regularidad, dinero a las autoridades bolivianas, en parte, para apoyar sus esfuerzos de guerra. Los préstamos se compensaban cada mes, según un acuerdo previo entre Rodrigo Neves y las autoridades bolivianas, con los derechos de aduana adeudados por el actor por importación de bienes gravados. Después de la ocupación de la costa de Bolivia por las fuerzas chilenas, la oficina de aduanas, dirigida ahora por chilenos, le solicitó que pagara los impuestos aduaneros adeudados. Alegó judicialmente que el importe debía compensarse con los préstamos que había concedido antes a las autoridades bolivianas. Según el prestamista, Chile subrogaba a Bolivia en todos sus derechos, pero también en todas sus deudas. En su opinión, la ocupación bélica chilena no dejaba sin efecto los contratos, que continuaban en vigor.

El Tribunal de Antofagasta falló en favor de Rodrigo Neves y destaca que el crédito del demandante por los préstamos a las autoridades bolivianas, y su deuda por derechos aduaneros, eran responsabilidad de Bolivia, que controlaba ese territorio. Chile, por la ocupación bélica, se

¹⁵ *Gaceta de los Tribunales*, Núm 1947, Santiago, 1880, p. 1265.

convertía en dueño de todos y cada uno de los derechos que pertenecían a Bolivia y, por lo tanto, podía ejercer a voluntad esos derechos sin mayores restricciones. En consecuencia, Chile podría solicitar el pago de los derechos de aduana adeudados por los ciudadanos bolivianos. Sin embargo, si Chile tenía derecho a cobrar los impuestos adeudados a Bolivia, también adquiriría, en rigor, la obligación de pagar las deudas del Estado ocupado de acuerdo con los contratos vigentes. En conclusión, las deudas recíprocas debían ser compensadas conforme a las normas generales.

Este impecable fallo sienta la doctrina de lo que sería el futuro de la sucesión de Estados y también algo del incipiente derecho humanitario de la época. La decisión es una evidencia de la práctica de los Estados en el siglo XIX, una base de la costumbre internacional, en materia humanitaria. Uno de los principales objetivos de las Conferencias de Paz de La Haya de 1899 y 1907 fue proteger a los no combatientes y sus bienes¹⁶. En efecto, el artículo 43 de la Convención de La Haya de 1907 (veintisiete años después de esta sentencia) establecía que el país ocupante tenía que adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el orden público, respetando las leyes vigentes en el país¹⁷. Podría entenderse que la administración de justicia, la protección de los derechos de los civiles y el respeto de los contratos en vigor se considerarían parte de ese deber¹⁸. De hecho, durante la ocupación, las primeras medidas fueron el mante-

¹⁶ Eyal BENVENISTI, "Occupation, Belligerent".

¹⁷ Véase Dietrich SCHINDLER & Jiří TOMAN, *The Laws of Armed Conflicts*, p. 25.

¹⁸ Según el derecho internacional, el botín de guerra consistía en bienes muebles enemigos capturados en el campo de batalla por una parte beligerante. La propiedad enemiga, buques de guerra y las naves mercantes (y su carga) pertenecientes al enemigo, adquiere el estatus de botín de guerra *ex lege* en el momento de su captura. Véase Yoram DINSTEIN, "Booty in Warfare". El artículo 640 del *Código Civil* destaca que la propiedad puede ser restringida por el Estado en caso de guerra. Para apoyar el esfuerzo bélico, las autoridades militares pueden tomar posesión de activos extranjeros. El destino de estos bienes diferiría según la naturaleza del propietario. En el caso del botín de guerra, el Estado obtenía la propiedad, pero debía un premio a los captores de acuerdo con las reglas de corso y premios. Los activos de los ciudadanos de los Estados no beligerantes podrían tomarse, pero pagando una compensación, por ejemplo, el caso del derecho de angaria. Sobre esta potestad pública véase Rodrigo CÉSPEDES, "El derecho de angaria: Un precedente chileno del siglo XIX", pp. 189-196. En el caso de sus nacionales, el Estado podría ejercer su poder de requisar: Una demanda formal autorizada del Estado beligerante para el uso de bienes muebles o inmuebles, a cambio de una indemnización. Véase Robustiano VERA, *Código Civil de la República de Chile. Comentado i explicado*, tomo III, pp 64-66. Hay que destacar que están a salvo los bienes inmuebles y muebles (con excepción las naves mercantes), incluyendo los créditos de ciudadanos de los Estados enemigos, según cómo entendían los tribunales chilenos el derecho de gentes de la época. Sin embargo, estos podían ser objeto de contribuciones de guerra, una carga legítima impuesta por el vencedor a los nacionales de los vencidos. Véase, CÉSPEDES, "Contribuciones...", *op. cit.*, pp. 225-230.

nimiento del orden público, el establecimiento de tribunales y el respeto de la propiedad privada y los contratos acordados antes de la ocupación¹⁹. Cuando el territorio de un beligerante se incorpora a la jurisdicción del Estado ocupante, se planteaba la cuestión de qué sucede con los derechos del Estado ocupado y si la nación ocupante puede ser considerada responsable de las deudas contraídas por el Estado ocupado²⁰. El Tribunal de Antofagasta abordó esa misma cuestión en el contexto de la ocupación militar durante el siglo XIX.

El Tribunal de Antofagasta declaró que Chile adquirió todos los derechos que pertenecían al Estado ocupado en el territorio invadido. Pero además, correlativamente, tenía que pagar las deudas de Bolivia. Además, la ocupación militar no se consideró un motivo válido para dejar sin efecto un pacto entre las autoridades bolivianas y uno de sus ciudadanos. La decisión anticipó la doctrina contemporánea de la sucesión de Estados que estipularía que los acuerdos privados sobrevivirían a un cambio en la soberanía. Entonces, un Estado ocupante tenía que respetar los derechos adquiridos de los particulares en virtud del derecho interno del Estado ocupado. En consecuencia, el contrato estaba vigente y Chile tenía que cumplirlo. De esa manera, se evitó el enriquecimiento injustificado y se protegieron los derechos de propiedad de las personas, más tratándose de un nacional de un Estado enemigo.

Para resolver el conflicto de manera justa, el Tribunal de Antofagasta llegó a una solución equitativa, aplicando por analogía el derecho privado. El juez aplicó las reglas generales de subrogación personal del *Código Civil* a una cuestión internacional, ya que aún no había normas claras del derecho de gentes al respecto. La subrogación personal regulada en el derecho privado chileno por el cual, en este caso, una persona jurídica, el Estado Boliviano, era sustituida por otra, vales decir, el Estado chileno. En este ejemplo, la subrogación permite que Chile tome el lugar de Bolivia por el solo ministerio de la ley²¹. Más concretamente, Chile asume la potestad de Bolivia a recaudar impuestos, pero también, como consecuencia, la obligación de pagar sus deudas y asumir sus obligaciones contractuales²². De esa manera, el Estado ocupante tenía derecho a sustituirse en el Estado ocupado, hacer valer los derechos de Bolivia y, asimismo, el deber de responder por sus deudas. El derecho internacional hoy vigente, llevaría al

¹⁹ Gonzalo BULNES, *Guerra del Pacífico. De Antofagasta a Tarapacá*, vol. I, pp. 724-725.

²⁰ Andreas ZIMMERMANN, "State Succession in Other Matters than Treaties".

²¹ Geoffrey SAMUEL, *Law of obligations and legal remedies*, pp 165-168.

²² Chile tuvo que asumir la deuda internacional de Perú. Entre los acreedores más famosos estaba la Casa Dreyfuss, encargada de la venta del guano. El conflicto se resolvió por arbitraje.

mismo resultado, pues los principios del libre consentimiento, buena fe y *pacta sunt servanda* ya están reconocidos en el ámbito mundial, como lo establece el preámbulo de la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados respecto de bienes, archivos y deudas del Estado de 1983. Según el tribunal, dicho contrato seguía en vigor y la ocupación no alteraba dicho acuerdo²³.

2. CONTRATOS-LEYES Y EXENCIONES TRIBUTARIAS:
EL CASO DE LA COMPAÑÍA DE FERROCARRILES DE TACNA Y ARICA
(1908)²⁴

En 1856, una empresa inglesa²⁵, la Compañía de Ferrocarriles de Arica y Tacna, celebró una “concesión” (hoy se diría “contrato-ley”²⁶) con Perú para la construcción y explotación de una línea de tren entre las ciudades de Arica y Tacna²⁷. El pacto estipulaba que la compañía no pagaría “ningún impuesto” durante noventa y nueve años. El control sobre Tacna y Arica fue otorgado, luego, a Chile por el artículo 3 del Tratado de Ancón (1883). El pacto tenía por objetivo poner fin a las hostilidades, resolver las diferencias territoriales entre los dos países y estabilizar las relaciones *post bellum*. Según los términos del Tratado, Chile retendría las provincias ocupadas durante diez años, después de lo cual su destino se decidiría mediante un referéndum. Los dos países no lograron ponerse de acuerdo

²³ La Corte Suprema confirma la doctrina del Tribunal de Antofagasta, *Gaceta de los Tribunales*, Núm. 1947, Santiago, 1880, p. 1266.

²⁴ *Gaceta de los Tribunales*, Núm. 7727, Santiago, 1908, p. 397.

²⁵ Los nacionales de Estados no beligerantes podían tener protección diplomática de sus países, y su Estado podía de modo opcional tener en cuenta la pretensión de sus ciudadanos contra otro Estado y, de esta forma, llevar la controversia al ámbito internacional, por la vía diplomática o judicial. De hecho, muchas controversias entre extranjeros nacionales de Estados no beligerantes por la Guerra del Pacífico se resolvieron por los Tribunales Arbitrales Mixtos de Reclamación. Véase Alejandro SOTO CÁRDENAS, *Guerra del Pacífico. Los tribunales arbitrales (1882-1888)*.

²⁶ Los contratos-leyes son, en general, acuerdos entre un inversionista particular extranjero y un Estado anfitrión que establece derechos y obligaciones mutuos. El particular extranjero promete una cierta cantidad de inversión durante un cierto periodo de tiempo y el Estado se obliga en una cláusula de estabilización prometiendo que no cambiará ninguna norma en detrimento del inversionista; es común que se fije una invariabilidad tributaria, como en el caso en comentario.

²⁷ Ahora estarían cubiertos por Acuerdos Internacionales de Inversión: pactos entre Estados que ofrecen protección legal a las inversiones directas de personas físicas o jurídicas extranjeras en un país extranjero, en particular contra medidas que afectan la propiedad. Como son tratados, el Estado receptor no puede eludir sus obligaciones a través de la legislación nacional. Además, le otorgan al inversor la oportunidad de demandar al país anfitrión ante un tribunal arbitral internacional en caso de infracciones a los estándares de protección.

sobre los términos del plebiscito y este nunca se celebró. El control chileno de la zona era esencialmente temporal y condicional. Según el Tratado de Lima (1929), Chile mantuvo Arica, mientras que Perú recuperó Tacna. Las autoridades chilenas intentaron cobrar una especie de impuesto territorial a beneficio local. La Empresa alegó que el acuerdo con Perú la eximía de cualquier tipo de tributo. Las autoridades militares chilenas ya habían establecido tribunales de primera instancia y una Corte de Apelaciones en el territorio ocupado, servidos por jueces chilenos. El tribunal de primera instancia de Tacna dictaminó que el Estado de Chile no había celebrado ningún contrato ni había acordado ninguna exención tributaria con la Compañía. En ausencia de un acuerdo con Chile, la Compañía estaba obligada a pagar el impuesto territorial.

Según la Corte de Apelaciones de Tacna, Perú y la Empresa habían concluido un acuerdo de concesión, que eximía a la Compañía de “toda contribución”. La cláusula contractual era clara y solo admitía una única interpretación: El Estado parte no podía exigir ningún tipo de tributo. La disposición contractual no distinguía entre impuestos locales o nacionales. Según el Tratado, además, el Estado chileno era el sucesor del Estado peruano. Como tal, Chile era parte del acuerdo con la Compañía. Y debido a este pacto, Chile tenía derecho a solicitar el cumplimiento de las obligaciones de la Compañía en virtud del contrato de la misma manera que lo habría hecho el Estado peruano. Al mismo tiempo, el contrato era vinculante para Chile y, en consecuencia, tenía que respetar cualquier derecho otorgado a la Empresa por el acuerdo. Según la Corte, el *pacta sunt servanda* era un principio general parte de los ordenamientos jurídicos de todo Estado moderno y las partes tienen el deber de cumplir las obligaciones que les incumben. La decisión emitida por el Tribunal de Primera Instancia de Tacna, en consecuencia, fue revocada y la Empresa quedó exenta del impuesto territorial.

La Corte de Apelaciones de Tacna sostuvo también que, en virtud del Tratado, Chile ejercía la soberanía delegada y, en consecuencia, era el “sucesor” del gobierno peruano. Como resultado, Chile se transformó en parte del acuerdo con la Compañía. Con el término ‘sucesor’, la Corte se refería a la subrogación personal: Perú fue sustituido como parte en el pacto con la Compañía por el Estado chileno. La Corte pone acento en la asunción por parte de Chile de los derechos contractuales que pertenecían a Perú para disfrutar de las ventajas del acuerdo (un servicio de transporte) y de las obligaciones de Chile en virtud del acuerdo (la exención fiscal). Según el tribunal, el contrato seguía en vigor y la ocupación no alteraba el acuerdo. Entonces, la sucesión de Estados incluía la transferencia al Estado sucesor de los derechos y propiedades del Estado predecesor, pero tam-

bién la responsabilidad por los contratos en vigor y las obligaciones del Estado predecesor.

Durante el siglo XIX, muchas empresas de los Estados con gran desarrollo industrial tenían capital y crearon nuevas tecnologías para construir la infraestructura que necesitaban los países en desarrollo. Los ferrocarriles eran cruciales en las zonas mineras, como la región en disputa y posteriormente ocupada por Chile. La Compañía construye el ferrocarril a su propio costo y, a cambio, opera este para recuperar su inversión²⁸. Según la Corte, el acuerdo entre la Empresa y Perú era un contrato que no podía ser alterado de manera parcial, o dejado sin efecto por Chile. El tribunal llegó a una solución equitativa aplicando el derecho contractual chileno, que incluía los principios de buena fe y *pacta sunt servanda* de los artículos 1545 y 1546 del *Código Civil*. El tribunal interpretó, en sentido literal, una de las cláusulas del acuerdo que estipulaba la exención de pago de “cualquier impuesto”²⁹. A continuación, la Corte aplicó una combinación de derecho privado interno chileno, la redacción de la concesión y los principios jurídicos básicos de derecho comparado y derecho de gentes.

El juzgado aplicó, también, el aforismo romano de *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*: “cuando la ley no distingue, el intérprete no debe distinguir”, una norma hermenéutica lógica. Los jueces no podían hacer distinciones a las que no se refería el texto. Dicha Corte interpretó que la expresión “toda contribución” incluía todos los tributos –locales, nacionales, directos, indirectos, societarios, sobre la renta, tarifas, etc.– a efectos de la exención fiscal acordada en el contrato. Según el tribunal, no había ambigüedad ni vaguedad en las palabras del pacto y reflejaban con claridad, la intención de las partes. Las normas actuales, contenidas en el derecho nacional e internacional, garantizan la inversión extranjera, ya establecida en tratados bilaterales y multilaterales. La honorable sala se refirió al *pacta sunt servanda* como un principio reconocido por todo sistema jurídico “moderno”, una especie de análisis comparativo del derecho. El *pacta sunt servanda* es también un principio esencial del derecho internacional. Las cláusulas contractuales son ley para las partes, y el incumplimiento de las obligaciones respectivas es una infracción del acuerdo.

²⁸ Christoph OHLER, “Concessions”; Irmgard MARBOE & August REINISCH, “Contracts between States and Foreign Private Law Persons”.

²⁹ Debido al carácter exorbitante de las potestades del Estado, la regla es la interpretación restrictiva. En derecho público no procede la analogía ni la interpretación extensiva. Esto no es más que una forma de proteger a los particulares frente al poder, más en este caso tratándose de un extranjero. Este principio es, en particular, relevante en materia tributaria: los gravámenes y demás cargas públicas deben ser creados por ley y también la interpretación debe ser restrictiva.

Esta sentencia previó el artículo 38(c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (1945). En consecuencia, el acuerdo era obligatorio para Chile como sucesor del Perú, y no podía negar sus obligaciones alegando que no era parte original en él (alegaba una suerte de efecto relativo del contrato). La Corte destacó que había un elemento de *quid pro quo*. El Estado chileno, como parte, había recibido un servicio –el transporte ferroviario– que había sido comercializado a cambio de, entre otros, una exención impositiva general. El pacto establecía reciprocidad: el intercambio de un servicio por la desgravación fiscal³⁰.

Conclusiones

Las sentencias nacionales son una fuente relevante para entender la formación del derecho internacional durante el siglo XIX. La jurisprudencia chilena puede aportar mucho al estudio de la historia del derecho de gentes. La ocupación de las Fuerzas Armadas chilenas, de territorios bolivianos y peruanos durante la Guerra del Pacífico, produjo varios conflictos relacionados con la sucesión de Estados. Los tribunales chilenos aplicaron con regularidad esta doctrina para decidir con equidad y proteger a los particulares. En algunos casos, esta institución se aplicó, incluso, para proteger ciudadanos de los Estados enemigos, revelando una incipiente aplicación del derecho humanitario. La sucesión de Estados no es más que una especie de modificación de las obligaciones. Un Estado, el ocupante, subroga a otro, el ocupado, en el ejercicio de sus derechos, y también sus deudas. De esta forma, las obligaciones no se extinguen y se mantiene la solución de continuidad. El Estado sucesor no puede alegar ni efecto relativo de las convenciones ni que la novación deja sin efecto las convenciones cele-

³⁰ El derecho internacional tiene un lugar especial para el principio de reciprocidad. El sistema legal chileno recoge el criterio a propósito de las sentencias extranjeras. Nuestro *Código de Procedimiento Civil* emplea la expresión en su Mensaje señalando: “La ejecución de las sentencias da lugar a dificultades que se ha tratado de subsanar, especialmente en lo relativo a las que emanan de tribunales extranjeros. Los tratados, la reciprocidad y, en último término, los principios de natural equidad, son las bases sobre que descansan estas disposiciones”. Esto se tradujo en el artículo 243 de este cuerpo legal. Las relaciones internacionales se basan en gran medida en la reciprocidad, lo que se manifiesta en asuntos como la extradición; exequátur; exhortos; gravámenes al comercio exterior; tributación de extranjeros residentes; algunos beneficios diplomáticos; transporte internacional; etc. También la reciprocidad es la base de instituciones de derecho interno como la excepción de contrato no cumplido y la condición resolutoria tácita que se aplican en eventos de falta de correspondencia. La doctrina habla de la necesidad de concesiones mutuas a propósito de la transacción.

bradas por el Estado predecesor. Esta doctrina es necesaria para garantizar la reciprocidad y la justicia más fundamental.

Bibliografía

- ABELIUK MANASEVICH, René, *Las obligaciones*, 5ª ed. actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, tomo II.
- BENVENISTI, Eyal, “Occupation, Belligerent”, in *Max Planck Encyclopedias of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- BULNES, Gonzalo, *Guerra del Pacífico. De Antofagasta a Tarapacá*, Valparaíso, Sociedad Imprenta y Litografía Universo, 1911, vol. I.
- CÉSPEDES, Rodrigo, “Contribuciones de guerra durante la ocupación de Tacna: El caso Vargas (1907)”, en *Derecho Público Iberoamericano* n.º 20, Santiago, abril 2022.
- CÉSPEDES, Rodrigo, “El derecho de angaria: Un precedente chileno del siglo XIX”, en *Derecho Público Iberoamericano*, n.º 14, Santiago, abril 2019.
- CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979, vol. 4.
- DINSTEIN, Yoram, “Booty in Warfare”, in *Max Planck Encyclopedias of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- DUMBERRY, Patrick, *State succession to international responsibility*, Leiden, Brill, 2007.
- MARBOE, Irmgard & August REINISCH, “Contracts between States and Foreign Private Law Persons”, in *Max Planck Encyclopedias of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- OHLE, Christoph, “Concessions”, in *Max Planck Encyclopedias of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- SAMUEL, Geoffrey, *Law of obligations and legal remedies*, 2nd edition, London, Routledge-Cavendish, 2001.
- SCHINDLER Dietrich & Jiří TOMAN, *The Laws of Armed Conflicts*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988.
- SOTO CÁRDENAS, Alejandro, *Guerra del Pacífico. Los tribunales arbitrales (1882-1888)*, Santiago, Universidad de Chile, 1955.
- VERA, Robustiano, *Código Civil de la República de Chile. Comentado i explicado*, ciudad, Imprenta Gutenberg, 1892, tomo III.
- ZIMMERMANN, Andreas, “State Succession in Other Matters than Treaties”, in *Max Planck Encyclopedias of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

TRATADOS, DECLARACIONES
Y NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Código Civil chileno.

DFL 25 del Ministerio de Hacienda, del 22 de mayo de 1931, sobre Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio.

DFL 3 del Ministerio de Hacienda, del 19 de diciembre de 1997, que fija el texto refundido de Ley General de Bancos.

Ley 18046, del 22 de octubre de 1981, sobre Sociedades Anónimas.

Pacto de Tregua entre Bolivia y Chile, del 4 de abril de 1884.

Tratado de límites entre Bolivia y Chile, del 6 de agosto de 1874.

Tratado de Paz y Amistad entre las repúblicas de Chile y del Perú (Tratado de Ancón), del 20 de octubre de 1883.

Tratado Secreto de Alianza Defensiva (Pacto Secreto Perú-Bolivia o Tratado Riva Agüero-Benavente), del 6 de febrero de 1873.

Siglas y abreviaturas

| | |
|--------------------|-----------------------------------|
| DFL | Decreto con fuerza de ley |
| ed. | editor |
| etc. | etcétera |
| n.º <i>a veces</i> | Núm. número |
| <i>op. cit.</i> | <i>opus citatis</i> (obra citada) |
| p. | página |
| pp. | páginas |
| ss. | siguientes |
| vol. | volumen |
| vols. | volúmenes |

Comentarios de Jurisprudencia

Derecho Público Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

N.º 21 | 2022

EL PRINCIPIO DE INDEROGABILIDAD SINGULAR DE LOS REGLAMENTOS (COMENTARIO SOBRE LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA ROL N.º 143.849-2020)

*Cristián Román Cordero**

Presentación

En este trabajo comentaremos la sentencia de la Corte Suprema rol n.º 143.849-2020 (casación en el fondo), que destaca muy especialmente por cuanto aplica, con mención expresa, el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos.

I. Resumen de la sentencia

A. HECHOS

- El 27 de julio de 2019, el concejo municipal de la I. Municipalidad de Antofagasta, en la sesión extraordinaria n.º 14, acordó renovar la patente de alcoholes (bajo la modalidad de microempresa familiar) de un titular.
- El 11 de septiembre de 2019, el concejo municipal, en la sesión ordinaria n.º 26, revisó dicho acuerdo y decidió, ahora, no renovarla. Este nuevo acuerdo se materializó en el decreto alcaldicio n.º 1852, de 8 de octubre de 2019.
- Este segundo acuerdo (que revisó el primero, en lo relativo a esta patente de alcoholes) se adoptó con cinco votos a favor, cuatro votos en contra y dos ausencias.
- El artículo 86, inciso 2.º, de la Ley n.º 18695 Orgánica Constitucional de Municipalidades dispone:

“Salvo que la ley exija un quórum distinto, los acuerdos del concejo se adoptarán por la mayoría absoluta de los concejales asistentes a la sesión respectiva”.

* Magíster en derecho mención derecho público, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Chile. Correo electrónico: croman@derecho.uchile.cl

- El artículo 25 del Reglamento de Funcionamiento Interno del Concejo Municipal de la I. Municipalidad de Antofagasta (decreto n.º 293/2015) dispone:

“Adoptando un acuerdo o rechazada una proposición, éstos no podrán ser revisados sino en virtud de nuevos antecedentes y circunstancias que no se hubiere invocado o de los que no se hubiere tenido conocimiento al tiempo en que se adopte el acuerdo. (/) Para proceder a efectuar la revisión indicada anteriormente se requerirá el acuerdo de los dos tercios de los concejales en ejercicio”.

- Por tanto, este segundo acuerdo cumplió con el quórum que exige el señalado precepto legal, mas no con el que exige el señalado precepto reglamentario.

B. DERECHO

Reclamo de ilegalidad municipal

- El titular de dicha patente de alcoholes dedujo un reclamo de ilegalidad municipal respecto del decreto alcaldicio n.º 1852, de 8 de octubre de 2019, que materializó el segundo acuerdo del concejo municipal (que revisó el primero y decidió, ahora, no renovar la patente de alcoholes). En esencia, sostuvo que tal acuerdo es ilegal, toda vez que no cumplió con el quórum exigido conforme al Reglamento de Funcionamiento Interno del Concejo Municipal (“dos tercios de los concejales en ejercicio”).
- Por su parte, la I. Municipalidad de Antofagasta informó que no hay ilegalidad alguna, pues:
 - a) El concejo municipal, al decidir no renovar la patente de alcoholes, ha ejercido una competencia que la ley le atribuye expresamente (artículo 65, letra o) de la Ley n.º 18695)¹;
 - b) La no renovación de la patente de alcoholes, decisión adoptada en el segundo acuerdo, se funda en una inspección efectuada por la unidad homónima de la municipalidad (con posterioridad al primer acuerdo), en la que se constató que la reclamante no tendría su casa habitación en el mismo lugar que el local (siendo esta una exigencia para las patentes de alcoholes bajo la modalidad de microempresa familiar) y

¹ Este precepto legal dispone:

“Artículo 65.- El alcalde requerirá el acuerdo del concejo para:

o) Otorgar, renovar, caducar y trasladar patentes de alcoholes. El otorgamiento, la renovación o el traslado de estas patentes se practicará previa consulta a las juntas de vecinos respectivas”.

- c) El segundo acuerdo se adoptó cumpliendo con el quórum exigido por el artículo 58 de la señalada ley (“mayoría absoluta de los concejales asistentes a la sesión respectiva”). Asimismo, agregó que, entre el Reglamento de Funcionamiento Interno del Concejo Municipal y la ley, prima esta última, por jerarquía normativa.
- La Corte de Apelaciones de Antofagasta² acogió el reclamo de ilegalidad municipal. Al efecto sostuvo:
 - a) El asunto a resolver:

“No dice relación con los requisitos para la renovación de la patente de alcoholes de la cual es titular la reclamante, ni tampoco si para dicha concesión o revocación se necesita un quórum determinado del Concejo Municipal, lo que se reclama es haber dejado sin efecto el acuerdo tomado en la sesión extraordinaria N°14 del Concejo Municipal de 23 julio de 2019, que renovó la patente de la reclamante”.

b) Al respecto planteó:

“QUINTO: Que en efecto, en sesión ordinaria de fecha 11 de septiembre de 2019, N° 26/2019 se solicitó dejar sin efecto el acuerdo ya adoptado, lo que efectivamente ocurrió, al haber votado afirmativamente dicha solicitud, cinco concejales. Lo que se materializó mediante Decreto Alcaldicio N° 1852/2019 de 8 de octubre de 2019.

SEXTO: Que el artículo 25 del Decreto N°293/2015 Ex. Reglamento de funcionamiento interno del Concejo Municipal dispone: ‘Adoptando un acuerdo o rechazada una proposición, éstos no podrán ser revisados sino en virtud de nuevos antecedentes y circunstancias que no se hubiere invocado o de los que no se hubiere tenido conocimiento al tiempo en que se adopte el acuerdo. Para proceder a efectuar la revisión indicada anteriormente se requerirá el acuerdo de los dos tercios de los concejales en ejercicio’.

SÉPTIMO: Que el Concejo Municipal de Antofagasta se compone de diez Concejales más el Alcalde, es decir, consta de once miembros.

Por lo que resulta claro, que el acuerdo adoptado el día 11 de septiembre de 2019, no contó con el quórum exigido por el Reglamento para adoptar la decisión de dejar sin efecto un acuerdo anterior”.

c) Y concluyó:

“El Decreto Alcaldicio N° 1852/2019 de 8 de octubre de 2019, es ilegal, porque materializó el acuerdo del Concejo de no renovar la patente de alcoholes de la reclamante, el que se verificó con incumplimiento de lo ordenado en el Reglamento Interno del Concejo Municipal de Antofagasta”.

² SCA de Antofagasta, n.º 20-2019.

En suma, la Corte de Apelaciones de Antofagasta sostuvo que el asunto no trataba sobre la no renovación de patente, sino sobre la revisión de un acuerdo del Concejo Municipal adoptado con anterioridad. Así cabía aplicar el Reglamento de Funcionamiento Interno del Concejo Municipal, que exige para ello un quórum de “dos tercios de los concejales en ejercicio”, mismo que no se cumplió, razón por la cual declaró ilegal el decreto alcaldicio a través del cual se materializó el segundo acuerdo, que revisó el primero y que decidió finalmente no renovar esta patente de alcoholes.

Recurso de casación en el fondo

- La I. Municipalidad de Antofagasta dedujo un recurso de casación en el fondo, señalando que la referida sentencia incurrió en una infracción del artículo 86 de la Ley n.º 18695. Al efecto sostuvo que esta disposición:

“Establece que los acuerdos del Concejo Municipal se adoptarán por mayoría absoluta, salvo que la ley exija un quórum distinto. En este sentido, no era posible la aplicación del Reglamento de Funcionamiento Interno del Concejo Municipal de Antofagasta para la variación de tales requisitos, dado que se trata de un cuerpo normativo que no tiene el carácter de ley. (/) En consecuencia, el yerro jurídico denunciado radica en que la sentencia recurrida atribuye rango legal a preceptos que no lo tienen”.

Y que tal error de derecho tuvo influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, por cuanto motivó el acogimiento de una reclamación que debió ser rechazada.

- La Corte Suprema³ (en la sentencia que comentaremos) rechazó, por unanimidad, este recurso, señalando, en lo medular, que la municipalidad infringió el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos. Al efecto, planteó:

“Quinto: Que, en el sistema de fuentes del derecho, al conocer de los conflictos particulares, no resulta posible desatender las normas generales impartidas por la autoridad, sea que versen sobre materias sustanciales o procesales, principio que se denomina inderogabilidad singular del reglamento.

En el presente caso, con fecha 9 de marzo de 2015 se dictó el Decreto Exento N° 293/2015, que fijó el texto del Reglamento de Funcionamiento Interno del Concejo Municipal de Antofagasta, conforme

³ SCS, rol n.º 143.849-2020.

al cual, para revisar un acuerdo previamente adoptado, se requiere la concurrencia de dos exigencias: i) la existencia de nuevos antecedentes y circunstancias que no se hubieren invocado o de los que no se hubiere tenido conocimiento al tiempo que se adopte el acuerdo; y ii) acuerdo de los dos tercios de los concejales en ejercicio.

Se trata de una norma que rige un supuesto especial y que tiene como finalidad la evitación de vistas y decisiones sucesivas de un mismo tema.

En consecuencia, el municipio reclamado se encontraba obligado al cumplimiento de aquellas normas autoimpuestas y no podía pretender eximirse de ello esgrimiendo las circunstancias particulares que rodeaban la situación de la actora, como tampoco la existencia de otras normas que regulan la materia en términos generales, puesto que ello implica contravenir sus actos propios, actuar que no puede ser digno de amparo jurídico, al vulnerar el principio de la buena fe y la certeza que por la vía de su dictación se pretendió otorgar a los administrados.

- También agregó dos líneas argumentales a fin de reforzar la ilegalidad:
 - a) En la especie, se infringió el requisito de la audiencia previa del afectado, propia de toda invalidación o revocación. En lo medular, sostuvo:

“Sexto: Que, por otro lado, si se analiza el fondo de la decisión adoptada y sus fundamentos, la ilegalidad también se impone, por cuanto resultó establecido que el primer acuerdo del Concejo Municipal de Antofagasta, al disponer la renovación de la patente de la actora, resultó favorable para ésta, razón por la cual no podía invalidarse o revocarse sin previa audiencia de la afectada, presupuesto que no fue cumplido en la especie.

En efecto, los nuevos antecedentes esgrimidos consisten en fiscalizaciones posteriores al primitivo acuerdo, en el marco de las cuales se habría concluido que la actora no tenía domicilio en el inmueble al cual se había asignado la patente. Sin embargo, de tales actuaciones no se le confirió traslado o siquiera se le dio noticia de su práctica, omisión que la dejó impedida de efectuar las alegaciones pertinentes en abono a sus pretensiones.

- b) Y, de ser cierto el hecho de que el reclamante infringió la exigencia de que su casa habitación debe hallarse en el mismo lugar que el local, ello debió haberse canalizado a través del procedimiento administrativo especial que señala, el que no necesariamente habría concluido con su no renovación. En lo medular, sostuvo:

“Séptimo: Que, a mayor abundamiento, en caso de estimar el municipio que la reclamante no cumplía con los requisitos específicos para ser beneficiada con una patente municipal acogida a la Ley N°19.749, debió

iniciar el procedimiento administrativo destinado a revocar tal beneficio e imponer las exigencias contempladas en el artículo 26 de la Ley de Rentas Municipales. En otras palabras, aun cuando la actora no observara los presupuestos para acogerse a tal régimen especial, la consecuencia directa de aquello no es necesariamente la pérdida de la patente de alcoholes, sino únicamente su sometimiento a la normativa general y la consiguiente reliquidación, en caso que ello hubiere significado un menor pago”.

En suma, la Corte Suprema entendió que la I. Municipalidad de Antofagasta infringió el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, toda vez que el segundo acuerdo se adoptó, sin cumplir con el quórum exigido por el Reglamento Interno del Consejo Municipal, para revisar acuerdos previos. Asimismo, y a fin de reforzar la ilegalidad, reprochó el que se haya revocado o invalidado (no aclara cuál es el instituto que operó en la especie) el primer acuerdo, que renovaba esta patente de alcoholes, sin audiencia previa del afectado y planteó, además, que, en razón de la causal invocada para no renovar la patente de alcoholes, debió haberse seguido el procedimiento administrativo especial que señala, mismo que no necesariamente habría concluido con su no renovación.

II. Comentario

Dividiremos nuestro comentario en:

- A) El principio de inderogabilidad singular de los reglamentos y
- B) Otros fundamentos de la sentencia.

A) *EL PRINCIPIO DE INDEROGABILIDAD SINGULAR DE LOS REGLAMENTOS*

El principio de inderogabilidad singular de los reglamentos en la doctrina

El principio de inderogabilidad singular de los reglamentos impone a la Administración el deber de observar la norma administrativa que ella misma ha dictado, sin que pueda, al decidir situaciones concretas en relación con ellas, admitir la excepción. En otras palabras, y conforme hemos señalado en otra oportunidad, las normas administrativas:

“Vinculan tanto a los administrados como a la propia Administración. Por tanto, no es admisible que ésta, al resolver respecto de una situación específica de la que conozca y en la que la norma administrativa que ella misma ha dictado tiene incidencia, exima su aplicación. Esto se ha desarro-

llado por la doctrina muy especialmente respecto del Reglamento, bajo el nombre de principio *de inderogabilidad singular del Reglamento*⁴.

En el mismo sentido, Miguel Sánchez Morón ha observado:

“El Gobierno no puede dispensar la aplicación en un caso concreto de las normas reglamentarias dictadas por él mismo [...]. Lo mismo vale para cualquier órgano de la Administración que deba aplicar un reglamento propio o de cualquier otro órgano, inclusive inferior en la jerarquía administrativa”⁵;

en tanto que Juan Santamaría Pastor:

“La Administración, cuando realiza actuaciones singulares, se encuentra obligada al cumplimiento de las normas reglamentarias dictadas por ella; y no sólo por ella, sino por cualquier otra Administración que actúe en ejercicio de sus competencias”⁶⁷.

Este principio importa, a modo ejemplar, respecto de las ordenanzas municipales, conforme hemos señalado en otra oportunidad, que, como fuente de derecho administrativo (municipal), ellas:

“Son vinculantes tanto para la propia municipalidad que las ha dictado como para la respectiva comunidad. Así, por ejemplo, una municipalidad debe emplear los mecanismos de participación ciudadana que contempla su propia ordenanza de participación⁸; debe cumplir el deber de fiscalización que sus propias ordenanzas le fijan (por ejemplo, en materia de ruidos)⁹; y el alcalde, al otorgar permisos de ocupación de bien nacional de uso público, conformarse al procedimiento que le fija su respectiva ordenanza¹⁰; todo ello pues las municipalidades deben conformarse al

⁴ Cristián ROMÁN CORDERO, *Curso Derecho Administrativo, apuntes de clases 2022*, p. 2.

⁵ Miguel Sánchez Morón, *Derecho administrativo*, p. 200.

⁶ Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo general*, p. 66.

⁷ En el mismo sentido, véase Germán Fernández Farreres, *Sistema de derecho administrativo I*, p. 538; Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo I*, pp. 208-211.

⁸ Así, la Contraloría General de la República, en el dictamen n.º 2.484-2013, sostuvo: “La aludida convocatoria a un mecanismo de participación ciudadana en la comuna de Freirina, infringió, en los términos expuestos, las exigencias previstas en la citada ordenanza municipal, de forma tal que, en lo sucesivo, ese municipio deberá observar estrictamente la normativa que regula la aplicación de tales instrumentos”.

⁹ Así, la Corte Suprema, en la sentencia rol n.º 18.846-2018, sostuvo: “Del modo en que se viene reflexionando, aparece que la Municipalidad de Santiago cumplió con el deber de fiscalización contemplado en el inciso tercero del artículo 5º de la Ley N° 18.695 y en el artículo 11 de la Ordenanza N° 80, de 1998”.

¹⁰ Así, la Contraloría General de la República, en el dictamen n.º 32.889-2011, sostuvo: “Es dable manifestar que los alcaldes al otorgar permisos para ejercer el comercio

Ordenamiento Jurídico, “el que se encuentra integrado, a nivel local, por las ordenanzas que el mismo municipio haya aprobado”^{11,12}.

El fundamento de este principio de inderogabilidad singular de los reglamentos se halla en el principio de legalidad/juridicidad, la igualdad ante la ley (entendida esta en un sentido amplio), el principio de los actos propios (*venire contra actum proprium non valet*) y el principio de seguridad jurídica¹³.

Con todo, en relación con este principio, es necesario efectuar seis precisiones:

- i) Si bien el principio se conoce como “inderogabilidad singular del reglamento”, tal nomenclatura es equívoca, pues da a entender que aplica solo respecto de este, en circunstancias que aplica respecto de cualquier norma administrativa, por ejemplo, las ordenanzas municipales (mismas que el Tribunal Constitucional ha calificado como manifestación de la “potestad reglamentaria municipal”¹⁴), los reglamentos municipales, las resoluciones normativas (que expiden los órganos de la Administración especialmente facultados), etcétera, así como también respecto de las normas que expidan otros órganos del Estado (por ejemplo, respecto del Poder Judicial, los auto acordados)¹⁵. De ahí que en

en la vía pública deben dar cumplimiento a las normas que en relación con la materia se contengan en las correspondientes ordenanzas municipales”.

¹¹ DCGR, n.º 32.889-2011.

¹² Cristián ROMÁN CORDERO, “El control de la legalidad de las ordenanzas municipales: Criterios y propuestas”, p. 5.

¹³ Sobre los fundamentos de este principio, véase Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, “Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos”, pp. 63-86.

¹⁴ STC, rol n.º 1.669. Su considerando 56.º señala: “Que, tratándose de la potestad reglamentaria municipal, sin embargo, es necesario considerar que tiene que existir un espacio para los intereses municipales en la complementación o ejecución de la legislación. En ese sentido, la ley debe regular nacionalmente, pero con una uniformidad básica o esencial. El elemento normativo uniforme o común del legislador nacional debe ser, por lo mismo, no especialmente detallado. Por una parte, porque no puede no considerar las realidades diferentes de cada municipio. Las casi 350 municipalidades que existen en nuestro país, no son iguales. Tienen diferencias geográficas, de clima, de realidad económica, de densidad poblacional. Por la otra, porque el municipio cuenta con órganos representativos de los intereses comunes en su estructura organizativa (el Concejo Municipal, el alcalde). Ellos deben diseñar y aprobar las normas cuyos destinatarios son los habitantes de la comuna. Llevar la legislación a sus consecuencias prácticas, no puede prescindir de la realidad local”.

¹⁵ STC, rol n.º 3056 (3136, 3137 y 3180 acumuladas). Y, en este mismo sentido, se manifiesta el ministro de la Corte Suprema Sergio Muñoz Gajardo (véase, a modo ejemplar, voto de este en la SCS, n.º 324-2019).

el último tiempo los autores se refieran a este principio como “inderogabilidad singular de los reglamentos”¹⁶.

- ii) Este principio no impide la derogación (general) de la norma administrativa, sino solo, que la Administración, en relación con una hipótesis singular, no la aplique o no la exija. En suma: “El reglamento [...] vincula a todos por igual, cualquiera que sea su contenido”¹⁷.
- iii) De todos modos, cabe observar que nada obsta para que la excepción sea establecida, expresamente, por el reglamento. En tal caso, si la Administración aplica tal excepción respecto de una hipótesis singular, conforme aquel dispone, no infringe este principio, pues aquella no lo “deroga singularmente”, sino antes bien le da cumplimiento, conforme al principio de legalidad/juridicidad. Ello es sin perjuicio de que la excepción que el reglamento establezca no se conforme con la igualdad ante la ley (vale decir, importe una discriminación arbitraria¹⁸), en cuyo caso se podrá instar por su control (o el de la ley que ejecuta¹⁹). En suma: “El reglamento, como la ley, es igual para todos, aunque puede no tratar a todos de la misma manera”²⁰.
- iv) El principio es acumulativo, vale decir, se refiere no solo a la norma administrativa que el órgano de la Administración ha dictado, sino que, también, a aquella dictada por otros, y, en especial, si es de rango superior. Así, por ejemplo, una municipalidad, al resolver sobre una hipótesis singular, no solo no puede desatender su ordenanza municipal, sino que tampoco el reglamento²¹. En suma: “una autoridad administrativa no puede exceptuar o incumplir en un caso concreto los reglamentos dictados por otra de rango superior”²².
- v) El principio atañe a la norma administrativa, sea de carácter sustantivo o procedimental.

¹⁶ Por ejemplo: SANTAMARÍA, *op. cit.*, p. 66.

¹⁷ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 200.

¹⁸ Artículo 19, n.º 2, de la Constitución Política de la República.

¹⁹ Cristián ROMÁN CORDERO, “El requerimiento de inaplicabilidad como mecanismo de control de la arbitrariedad del legislador”, pp. 347-382.

²⁰ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 200.

²¹ A modo ejemplar, la vinculación entre la ley, el reglamento y la ordenanza municipal, y en especial el ámbito que corresponde a estas últimas, podemos observar en el título III (“Del reglamento y la ordenanza municipal”, artículos 4.º-7.º) de la Ley n.º 21020, sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía (conocida, coloquialmente, como “Ley Cholito”), y en la prevención de los ministros Iván Aróstica, Cristián Letelier y María Luisa Brahm (considerando 4.º), en la STC, rol n.º 3.489.

²² SANTAMARÍA, *op. cit.*, pp. 66-67.

- vi) La contravención de este principio implica, a la vez, una contravención del principio de legalidad/juridicidad²³ y, por tanto, es susceptible de ser corregida en los mismos términos que esta, a través de las acciones contencioso-administrativas generales (por ejemplo, el recurso de protección²⁴) y especiales (por ejemplo, el reclamo de ilegalidad municipal²⁵) e, incluso, mediante la solicitud de pronunciamiento al Contralor General de la República²⁶.

El principio de inderogabilidad singular de los reglamentos en la jurisprudencia

Ahora bien, cabe destacar que nuestra jurisprudencia (constitucional, judicial y administrativa) aplica con amplitud este principio, pero, por regla general, no lo menciona expresamente, salvo contadas excepciones. Por ejemplo:

i) Jurisprudencia constitucional

El Tribunal Constitucional, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de un auto acordado que regla el procedimiento disciplinario en la esfera judicial, en defecto de ley, y a fin de fundar su constitucionalidad, nos recuerda el principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos en los siguientes términos:

“Es la generalidad que posee el auto acordado, aquella cualidad que asegura un trato igual para sus destinatarios, desde que la propia Corte Suprema y todos los órganos del Poder Judicial quedan inmediatamente vinculados a él: la totalidad de los casos concernidos, particulares y concretos, deben tramitarse conforme a él, sin que puedan ser apartados de sus reglas, acorde con el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos o proscripción de la arbitrariedad”²⁷.

ii) Jurisprudencia judicial

Este principio está referido en innumerables sentencias de la Corte Suprema, más en un voto singular (prevención o en contra) del ministro Sergio

²³ Artículos 6.º y 7.º de la Constitución Política de la República y 2.º de la Ley n.º 18575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración.

²⁴ Artículo 20 de la Constitución Política de la República.

²⁵ Artículo 151 de la Ley n.º 18695, Orgánica Constitucional de Municipalidades.

²⁶ Artículo 6.º y 19 de la Ley n.º 10336, Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República. Al respecto, véase DCGR, n.º 24.143-2015.

²⁷ STC, rol n.º 3.056 (3136, 3137 y 3180 acumuladas).

Muñoz²⁸. En este voto, dicho magistrado, respecto de los requisitos exigidos por el auto acordado que regula el recurso de protección (en especial, el plazo para interponerlo), ha señalado:

“En diferentes ocasiones, ya de manera reiterada, el Tribunal Pleno de esta Corte Suprema ha desconocido lo normado en los autos acordados por ella dictados, resolviendo lo contrario de la disposición general en el caso particular, reconociendo, incluso, la posibilidad que se efectúe tal ponderación por los jueces de la instancia”,

lo cual supone, observa, una infracción del principio de inderogabilidad singular del reglamento (aplicado, en este caso, a un auto acordado), razón por la cual, sostiene, mientras dicha práctica no cese, tales requisitos no deben ser exigidos, en atención al principio de igualdad ante la ley, justicia, no discriminación y dignidad de las personas. A modo ejemplar, en la sentencia de la Corte Suprema rol n.º 324-2019 planteó:

“Acordada con el voto en contra del Ministro señor Muñoz, quien estuvo por revocar la sentencia apelada y en su lugar declarar que el recurso fue interpuesto en tiempo y forma, debiendo emitirse pronunciamiento respecto del fondo, sobre la base de las siguientes argumentaciones:

1.- *En el sistema de fuentes del derecho al conocer de los conflictos particulares, no resulta posible desatender las normas generales impartidas por la autoridad, sea que versen sobre materias sustanciales o procesales, principio que se denomina inderogabilidad singular del reglamento;*

2.- *La Corte Suprema ha regulado por Auto Acordado diferentes materias, tanto sobre la base de la habilitación general dada por la Constitución y la ley, como por encargos específicos entregados al efecto. Reglamentación que está llamada a tenerse en consideración respecto de las materias que regula, en tanto se encuentren vigentes, no se les deroga y no exista una determinación que impida reconocerle sus efectos; determinación que siempre debe adoptarse con carácter general, nunca en relación y solamente respecto de un caso concreto del cual se esté conociendo;*

3.- *Sin embargo, en diferentes ocasiones, ya de manera reiterada, el Tribunal Pleno de esta Corte Suprema ha desconocido lo normado en los autos*

²⁸ Véanse sentencias de la Corte Suprema, roles n.ºs 198-2019, 235-2019, 324-2019, 2.706-2019, 4.311-2019, 4.325-2019, 4.650-2019, 4.796-2019, 5.491-2019, 6.373-2019, 6.806-2019, 6.898-2019, 7.226-2019, 7.929-2019, 8.597-2019, 8.770-2019, 9.373-2019, 9.853-2019, 9.867-2019, 10.659-2019, 10.981-2019, 11.055-2019, 11.256-2019, 11.509-2019, 11.969-2019, 12.588-2019, 15.975-2019, 16.135-2019, 16.138-2019, 16.281-2019, 17.613-2019, 17.655-2019, 17.733-2019, 17.734-2019, 18.720-2019, 22.519-2019, 26.136-2019, 26.137-2019, 26.188-2019, 26.256-2019, 26.988-2019, 28.851-2019, 28.852-2019 y 29.244-2019.

acordados por ella dictados, resolviendo lo contrario de la disposición general en el caso particular, reconociendo, incluso, la posibilidad que se efectúe tal ponderación por los *jueces* de la instancia;

4.- Ante tal proceder surge con toda su fuerza el mandato del Artículo 8.2 letra h) de la Convención Americana de Derechos Humanos que dispone el derecho al recurso judicial ante un tribunal superior, como lo normado en el artículo 2.3 letra a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que reconoce el derecho a una acción efectiva ante los tribunales a las personas cuyos derechos y libertades hayan sido violados;

5.- Es por lo anterior que, en tanto esta situación se mantenga, quien suscribe este parecer particular considera que no puede restringir el acceso a la justicia de quienes recurren a los tribunales, por así disponerlo una determinación de la Corte Suprema, puesto que entiende que el principio de igualdad ante la ley y la justicia, el de no discriminación y el de dignidad de todas las personas así se lo impone, por lo cual, en tales casos, se abstendrá de reconocer aplicación a dicha normativa.

6.- Al establecerse mediante auto acordado el plazo de 30 días para interponer el recurso de protección, se excluye del acceso a la justicia constitucional para quienes lo hagan con posterioridad; restricción que contraría la normativa precitada en el motivo cuarto y, por lo tanto, corresponde dar preminencia a ella y declarar que el recurso fue interpuesto de manera oportuna”.

iii) Jurisprudencia administrativa

La Contraloría General de la República, por su parte, se ha referido a este principio en los siguientes términos:

“Los decretos de tipo reglamentario no pueden ser dejados sin efecto para casos particulares por actos singulares, como acontece en la especie, ya que de admitirse dicha situación se contravendría el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos [...], el que impide a cualquier autoridad administrativa dejar de aplicar un acto de alcance general para un caso particular. (/) En el mismo sentido, es del caso señalar que el criterio que se sustenta resguarda el principio de juridicidad consagrado en los artículos 6º y 7º de la Constitución Política de la República, según el cual los órganos del Estado deben someter su acción a la Carta Fundamental y a las normas dictadas conforme a ella, como también los principios de igualdad y seguridad jurídica en el actuar de la autoridad administrativa”²⁹.

²⁹ DCGR, n.º 60691-2014. Este dictamen cita el n.º 22.321-2008, aun cuando este solo refiere el principio, sin desarrollarlo.

El principio de inderogabilidad singular de los reglamentos en la sentencia en comento

Al respecto cabe destacar lo siguiente:

- i) El concepto que la sentencia en comento da del principio, esto es:

“en el sistema de fuentes del derecho, al conocer de los conflictos particulares, no resulta posible desatender las normas generales impartidas por la autoridad, sea que versen sobre materias sustanciales o procesales, principio que se denomina inderogabilidad singular del reglamento”,

que coincide con aquella desarrollada por el ministro Sergio Muñoz en su voto particular antes referido, nos parece muy correcto por al menos tres razones:

- 1) Pone de relieve el *quid* del principio: La autoridad no puede desatender las normas generales que ha dictado, al conocer hipótesis particulares.
- 2) No circunscribe el principio a la esfera de la Administración. En efecto, se refiere a la “autoridad” que “dicta normas generales”, misma que puede ser administrativa, judicial (por ejemplo, en lo referido a los autos acordados) y, en general, cualquier otro órgano del Estado con tal que dicte normas generales. De ahí que sería conveniente que la Corte Suprema en una sentencia posterior, en que aborde este principio, lo renombre como “inderogabilidad singular de los reglamentos”, ya que esta expresión se condice de mejor modo con este concepto amplio del principio.
- 3) Destaca que tales “normas generales impartidas por la autoridad”, que esta necesariamente debe observar, pueden versar sobre materias sustantivas o procesales.

Aun así, este concepto tiene un solo inconveniente: parece entender que este principio opera solo en relación con el “conocimiento de conflictos particulares”, lo que es cierto, pero excluye otra hipótesis no menos importante, esto es, cuando la “autoridad” no exige el cumplimiento de su propia norma.

- ii) En cuanto a la aplicación que se ha hecho del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, en la especie, nos parece del todo correcta:

- 1) Si bien los acuerdos del Concejo Municipal requieren un quórum de “mayoría absoluta de los concejales asistentes a la sesión respectiva”, “salvo que la ley exija un quórum distinto”, conforme dispone el artículo 86, inciso 2°, de la Ley n.º 18695,

nada obsta para que el Reglamento de Funcionamiento Interno del Concejo Municipal pueda exigir, para determinadas decisiones, un quórum mayor, como acontece en la especie (respecto de la revisión de acuerdos ya adoptados), quedando obligado a su observancia, y sin poder hacer excepciones singulares, en razón de este principio. Así, dicho Reglamento Municipal integrará el *bloque de legalidad*, mismo que podríamos denominar *bloque de legalidad municipal*. Y, en efecto, el artículo 12, inciso 3.º, de la señalada Ley n.º 18695, expresamente dispone:

“Los reglamentos municipales serán normas generales obligatorias y permanentes, relativas a materias de orden interno de la municipalidad”³⁰.

- 2) El hecho que la Administración desatienda su propia norma administrativa en un caso singular no solo una contravención del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, sino que, también, una contravención del principio de legalidad/juridicidad, y que puede ser corregida en los mismos términos que esta. Ello se constata, en la especie, por el hecho de que, en razón de la infracción de este principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, se ha acogido nada más ni nada menos que un reclamo de *ilegalidad* municipal.
- iii) Esta sentencia, unánime, a nuestro juicio, destaca no sólo porque aplica el principio, sino en especial porque lo reconoce de manera clara, e, incluso, elaborando una definición del mismo. Y por ello, es preciso decir que con mucha probabilidad y en lo sucesivo, este principio sea reconocido como un “complemento” del principio de legalidad/juridicidad para los efectos del control jurisdiccional de los actos de la Administración, y que tendrán, desde ahora, en tales términos, muy presente los tribunales de justicia, así como los litigantes.
- iv) No obstante, esta sentencia suscita una interrogante en cuanto a cuál es la forma de publicidad de las normas administrativas a las que queda vinculada la Administración en conformidad al principio de inderogabilidad singular de los reglamentos.

Por lo pronto, tales normas están afectas a transparencia activa, en tanto “marco normativo que les sea aplicable”³¹ o en cuanto “actos y reso-

³⁰ Artículo 12, inciso 3.º, de la Ley n.º 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades.

³¹ Artículo 7.º, letra c), de la Ley n.º 20285, sobre Transparencia.

luciones que tengan efectos sobre terceros”³², sin perjuicio de la publicidad adicional que la ley pueda establecer para algunas de ellas (por ejemplo, respecto de las ordenanzas y los reglamentos municipales, la Ley n.º 18695 establece: “estarán a disposición del público y deberán ser publicadas en los sistemas electrónicos o digitales de que disponga la municipalidad”)³³.

¿Deben estas normas administrativas ser publicadas en el *Diario Oficial*? Pareciera ser que sí, por aplicación de la Ley n.º 19880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, como actos administrativos: “[que] contengan normas de general aplicación o que miren al interés general”³⁴ o también como actos que “interesen a un número indeterminado de personas”³⁵, mas esto ha dado origen a interpretaciones contradictorias. Así, por ejemplo, respecto de las ordenanzas municipales, la tesis inicial de la Contraloría General de la República fue señalar que estas requerían de publicación en el *Diario Oficial*³⁶, pero luego ha planteado que ello no es necesario, bastando su publicación en la página web de la municipalidad respectiva, conforme a la antes referida disposición de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades³⁷.

Pues bien, pareciera que dado el abierto reconocimiento del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos que esta sentencia realiza, como “complemento” del principio de legalidad/juridicidad, toda norma administrativa respecto de la cual dicho principio aplique debe conformarse al mismo mecanismo de publicidad de una ley, cual es su publicación en el *Diario Oficial*³⁸, no solo en razón de su divulgación, sino, también, en resguardo de su fidelidad. Así, volviendo al ejemplo de las ordenanzas municipales, entendemos que estas, al ser normas administrativas, a las que están afectas las municipalidades que las dictan, sin poder admitir excepciones singulares, atendido el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, no podrían sino que ser publicadas en el *Diario Oficial*.

³² Artículo 7.º letra g), de la Ley n.º 20285, sobre Transparencia.

³³ Artículo 12, inciso final, de la Ley n.º 18695, Orgánica Constitucional de Municipalidades.

³⁴ Artículo 48, letra a), de la Ley n.º 19880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos.

³⁵ Artículo 48, letra b), de la Ley n.º 19880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos.

³⁶ DCGR, n.º 7.902-2009.

³⁷ DCGR, n.º 26.019-2010 y 60.748-2011. En el mismo sentido, la SCS, rol n.º 5.379-2012.

³⁸ Artículo 7.º del *Código Civil*.

B) OTROS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA

En cuanto a los otros dos fundamentos de la sentencia en comento, a fin de reforzar la ilegalidad observada en el actuar de la municipalidad (la ausencia de la audiencia previa, exigible a toda revocación o invalidación, y el no haber seguido el procedimiento administrativo especial que señala, atendida la causal invocada para no renovar la patente de alcoholes), los compartimos plenamente. Adicionalmente, agregamos dos ideas complementarias:

- i) No renovación de patente:
¿Sanción administrativa?

Dado que, en el caso concreto, la no renovación de esta patente de alcoholes obedece al incumplimiento de deberes legales, esta, entendemos, bien podría ser catalogada como sanción administrativa, toda vez que es la reacción a una infracción administrativa que supone una disminución de la esfera de derechos del titular, y que, al parecer, pretende punir o castigar³⁹.

En efecto, esto parece confirmarse a la luz de la relación de hechos expuesta por la I. Municipalidad de Antofagasta, en su informe, referida en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, pues destaca, por una parte, los especiales deberes a los que estaba afecto el titular de esta patente de alcoholes (modalidad de microempresa familiar), y que contravino (vale decir, se verificó una conducta típica) y, por otra, el hecho que tal contravención fue cometida por este “a sabiendas” (vale decir, se verificó, además, culpabilidad). Y esto último pone de manifiesto que dicha municipalidad entendió que, con la no renovación de la patente, sancionaba a su titular, ya que la ocurrencia de culpabilidad en el administrado a fin de que la Administración pueda ejercer sus potestades, es ajena al derecho administrativo, salvo en lo que atañe al ejercicio de la potestad sancionadora⁴⁰. En dicha sentencia puede leerse:

“Destaca que la recurrente a sabiendas que su patente se encontraba amparada por la Ley de Microempresa Familiar dejó de vivir en dicho domicilio, incumpliendo así un requisito fundamental. Sin embargo, continuó ejerciendo la actividad comercial. En ninguna parte se acredita por el reclamante que fuera falso que él no vive en el domicilio donde se em-

³⁹ Al respecto, véase: Cristián ROMÁN CORDERO, “La sanción administrativa y las fronteras del derecho administrativo sancionador”, pp. 115-139 y Cristián ROMÁN CORDERO, “Derecho administrativo sancionador en Chile: ‘Ubicación’ y ‘límites’”, pp. 155-170.

⁴⁰ STC, rol n.º 1.518.

plaza, por tanto, el recurrente pretende que se le renueve una patente que no cumple con requisitos legales. [...]

Hace presente que la situación particular que acontece en el caso de la especie, dado que es una patente de alcoholes otorgada bajo el amparo de la Ley de Microempresa Familiar. Según el artículo 26 de la Ley de Rentas, modificado por la ley N° 19.749, que establece normas para facilitar la creación de microempresas familiares, se entiende como microempresa familiar, aquella que reúna los requisitos que en la misma disposición señala, es decir, que la actividad económica que constituya su giro se ejerza en la casa habitación familiar, que en ella no laboren más de cinco trabajadores extraños a la familia, y que sus activos productivos, sin considerar el valor del inmueble en que funciona, no excedan las 1.000 unidades de fomento, añadiendo, en su inciso tercero, que aquella podrá desarrollar cualquier actividad económica lícita, excluidas las peligrosas, contaminantes o molestas”.

Así, si, en efecto, se tratara de una sanción administrativa, habida consideración las singularidades del caso concreto, antes apuntadas⁴¹, su imposición ha de conformarse al derecho administrativo sancionador, esto es, a la rama que, inserta en el derecho administrativo, rige el ejercicio de la potestad sancionadora por órganos de la Administración, y que se caracteriza por ser muy garantista (en el contexto del derecho administrativo), ya que se rige por los principios del orden penal “con matices”⁴², y en correspondencia con ello, el procedimiento administrativo sancionador es “similar al penal”⁴³ o, bien, en él:

“Existen garantías del ciudadano, que emanan de los artículos 6, 7 y 19, numeral 3° de la Constitución Política de la República, en lo relativo a la garantía de legalidad del juzgamiento, el racional y justo procedimiento e investigación, el derecho a defensa y a la tutela judicial efectiva”⁴⁴,

razón por la cual en él la audiencia previa constituye un trámite esencial y como tal es imprescindible⁴⁵.

⁴¹ DCGR, n.° 41.979-2016. Este dictamen expone el caso de la revocación de un permiso municipal de ocupación de bien nacional de uso público que, por determinadas situaciones fácticas, pasa de ser el ejercicio de una potestad discrecional del alcalde, al ejercicio de potestad sancionadora, y como tal sujeta a los principios y reglas, sustantivas y adjetivas, del derecho administrativo sancionador. Al respecto, véase Cristián ROMÁN CORDERO, “Permisos de ocupación de bienes nacionales de uso público: tendencias jurisprudenciales”, pp. 79-100.

⁴² STC, roles n.° 244, 479, 480, 2.264, etcétera.

⁴³ STC, rol n.° 2.682.

⁴⁴ STC, rol n.° 8.168.

⁴⁵ STC, rol n.° 7.587. Aunque preciso es destacar que tal exigencia, cada vez más, pareciera ser propia de cualquier procedimiento administrativo que concluya con un acto administrativo desfavorable (Véase STC, rol n.° 3.770).

ii). Vulneración del principio de protección de la confianza legítima del administrado

Asimismo, en este caso, estimamos se ha vulnerado el principio de protección de la confianza legítima del titular de esta patente de alcoholes, toda vez que el concejo municipal de I. Municipalidad de Antofagasta, en el primer acuerdo, decidió renovar la patente, mas, luego, en menos de un mes y medio, a través del segundo acuerdo, revisó el primero, lo dejó sin efecto, y decidió finalmente no renovarla.

Y esta línea argumental ha sido considerada por la Corte Suprema, en un caso anterior que tiene cierta analogía con este: Una persona dedujo reclamo de ilegalidad municipal, pues:

“Adquirió la patente de alcoholes rol N° 401868, para el giro restaurante diurno y nocturno, mediante la transferencia que de ella le hizo su anterior propietario, la que fue aprobada por Decreto Alcaldicio No 202/1858/2010, de 15 de junio del año 2010, en el que se señalaba un plazo para su renovación y pago hasta el día 31 de julio del mismo año. Luego, habiendo requerido la renovación de la patente para el segundo semestre de 2010, el municipio la rechazó”,

fundado en esencia, en infracciones en las que habría incurrido el antiguo titular y en la opinión desfavorable de la junta de vecinos respectiva (opinión que, en todo caso, no es vinculante)⁴⁶. En la respectiva sentencia, dicha magistratura sostuvo:

“Octavo: Que la actuación de la Municipalidad en los términos antes descritos vulnera el principio de la confianza legítima que la rige frente a los administrados. En efecto, el referido principio constituye una manifestación de la más amplia noción de seguridad jurídica y certeza en la situación que detenta cada ciudadano ante la Administración, en que se basan, entre otras, las garantías que se consignan en los numerales 2, 3, 16 inciso tercero, 20 inciso segundo y 22 del artículo 19 de la Carta Política.

En tal virtud, era dable suponer que el solicitante de renovación de patente de alcoholes esperara una acogida favorable a sus pretensiones, en razón a que previo a dicha petición –un mes antes– se había aprobado por la misma autoridad administrativa el traspaso de aquélla.

De ello resulta que –en la especie– el comportamiento impugnado desconoce el deber de actuación coherente que se desprende del principio de protección de la confianza legítima que rige en el Derecho Administrativo moderno y que se traduce en la legítima expectativa del administrado en relación a la conducta de la Administración, ello en el entendido que ha sido el ente u órgano de la Administración –en este

⁴⁶ SCS, rol n.º 5.973-2011.

caso, la Municipalidad– el que se encuentra en mejores condiciones de evaluar los antecedentes relativos a la patente de alcoholes al momento de autorizar su traspaso y, por ende, los criterios de interés público establecidos al aprobar dicho traspaso se mantendrían al momento de solicitar el reclamante la renovación de la patente respectiva, como una consecuencia lógica y coherente derivada de dicha aprobación”.

Conclusiones

A modo de conclusiones, podemos señalar:

- i. El principio de inderogabilidad singular de los reglamentos impone a la Administración el deber de observar la norma administrativa que ella misma ha dictado, sin que pueda, respecto de una hipótesis singular, admitir la excepción, ya sea no aplicándola o bien no exigiéndola.
- ii. Respecto de este principio preciso es hacer varias precisiones, entre ellas:
 1. Aplica no solo respecto del reglamento, sino que respecto de cualquier norma administrativa e, incluso, a cualquier órgano del Estado (en cuanto dicte normas);
 2. No impide la derogación de la norma administrativa;
 3. No se infringe si la excepción, que la Administración hace efectiva en una hipótesis singular, está establecida en el propio reglamento;
 4. Se refiere no solo a la norma administrativa que un órgano de la Administración ha dictado, sino que, también, a aquella dictada por otros, y en especial si es uno de rango superior;
 5. El principio atañe a la norma administrativa, ya sea sustantiva o adjetiva y
 6. La contravención de este principio, importa, a la vez, la contravención del principio de legalidad/juridicidad y, por tanto, es susceptible ser corregida en los mismos términos que esta.
- iii. La sentencia establece un correcto concepto del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, pues:
 1. Pone de relieve el *quid* del principio (la autoridad no puede desatender su propia norma frente a una hipótesis singular);
 2. Evidencia que no se circunscribe a la esfera administrativa y que puede aplicar a cualquier autoridad con tal que dicte normas y
 3. Destaca que este principio aplica a normas que versen sobre materias sustantivas y adjetivas.

- iv. En cuanto a la aplicación que se ha hecho del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, en la especie, nos parece del todo correcta, si bien los acuerdos del concejo municipal requieren un quórum de “mayoría absoluta de los concejales asistentes a la sesión respectiva”, “salvo que la ley exija un quórum distinto”, conforme dispone el artículo 86, inciso 2º, de la Ley n.º 18695, nada obsta para que el Reglamento de Funcionamiento Interno del Concejo Municipal pueda exigir, para determinadas decisiones, un quórum mayor, como acontece en la especie, quedando este obligado a su observancia, y sin poder hacer excepciones singulares, en razón de este principio, máxime si la propia ley otorga a los reglamentos municipales el carácter de “normas generales obligatorias y permanentes, relativas a materias de orden interno de la municipalidad”.
- v. El hecho de que la Administración desatienda su propia norma administrativa en un caso singular no solo supone una contravención del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, sino que, además, una contravención del principio de legalidad/juridicidad, y que puede ser corregida en los mismos términos que esta. Ello se constata, en la especie, por el hecho de que, en razón de la infracción de este principio, se ha acogido, nada más ni nada menos, que un reclamo de *ilegalidad* municipal.
- vi. En cuanto a los otros argumentos señalados por la sentencia a fin de reforzar la ilegalidad (falta de audiencia previa del afectado –propia de la revocación o invalidación– y no conformarse al procedimiento administrativo especial –habida consideración de la causal invocada para no renovar la patente–), afirmamos nuestro acuerdo con tales razones, a las cuales sumaremos las siguientes:
 1. En el caso concreto, esta no renovación de la patente de alcoholes adquiriría notas propias de una sanción administrativa (es la consecuencia de una infracción de un deber administrativo, disminuye la esfera de derechos del titular y pretende, al parecer, castigar o sancionar), en cuyo caso, en su imposición, debieron observarse las garantías del procedimiento administrativo sancionador, que comprende la audiencia previa como un requisito esencial.
 2. La municipalidad vulneró el principio de protección de la confianza legítima del administrado, en este caso del titular de la patente de alcoholes en cuestión, toda vez que, en el primer acuerdo, decidió renovarla, y en un mes y medio, en el segundo acuerdo, lo dejó sin efecto y decidió, finalmente, no renovarla.

ANEXO:
Sentencia de la Corte Suprema
rol n.º 143.849-2020

Santiago, veintiuno de julio de dos mil veintiuno.

Vistos:

En estos autos ingreso Corte N° 143.849-2020, procedimiento sobre reclamo de ilegalidad municipal, caratulados “Susana Elena Chambilla EIRL con Municipalidad de Antofagasta”, por sentencia de siete de septiembre de dos mil veinte, la Corte de Apelaciones de Antofagasta acogió la acción interpuesta y dejó sin efecto el Decreto Alcaldicio N° 1852/2019 de ocho de octubre de dos mil diecinueve, manteniéndose la vigencia del acuerdo adoptado en sesión extraordinaria del Concejo Municipal el día veintitrés de julio del mismo año.

En contra de esta decisión, la parte reclamada dedujo recurso de casación en el fondo.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que, por el recurso en estudio, se denuncia la infracción del artículo 86 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N° 18.695, disposición que establece que los acuerdos del Concejo Municipal se adoptarán por mayoría absoluta, salvo que la ley exija un quórum distinto. En este sentido, no era posible la aplicación del Reglamento de Funcionamiento Interno del Concejo Municipal de Antofagasta para la variación de tales requisitos, dado que se trata de un cuerpo normativo que no tiene el carácter de ley.

En consecuencia, el yerro jurídico denunciado radica en que la sentencia recurrida atribuye rango legal a preceptos que no lo tienen.

Segundo: Que, finaliza, tal error de derecho tuvo influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, por cuanto motivó el acogimiento de una reclamación que debió ser rechazada.

Tercero: Que los antecedentes se inician con el reclamo de ilegalidad municipal deducido por la empresa Susana Elena Chambilla EIRL, en contra de la Municipalidad de Antofagasta, por la dictación del Decreto Alcaldicio N° 1852/2019, que dispuso la no renovación de su patente de alcoholes para el segundo semestre de 2019, fundado en un acuerdo del Concejo Municipal de once de septiembre del mismo año, a pesar de existir un acuerdo anterior en contrario.

Explica que es titular de una patente de alcoholes, acogida a la Ley N° 19.749 sobre microempresas familiares. En sesión del Concejo Municipal de 23 de julio 2019 se acordó la renovación para el segundo semestre de 2019. Sin embargo, el 11 de septiembre del mismo año, se adoptó un nuevo acuerdo que resolvió la no renovación y fundó posteriormente el acto reclamado.

Asevera que, conforme al artículo 25 del Reglamento de Funcionamiento Interno del Concejo Municipal de Antofagasta, la decisión de dejar sin efecto un acuerdo anterior debía ser adoptada por 2/3 de los miembros del Concejo, quórum que no fue cumplido, a pesar de lo cual se ejecutó tal determinación, la cual implica revisar, de manera improcedente, un acuerdo legalmente adoptado.

En cuanto al fondo, señala que se le hicieron cuatro fiscalizaciones y se estimó que no cumplía con el requisito de residir en el inmueble al cual estaba asignada la patente. Sin embargo, si se hubiese hecho una quinta visita, la habrían encontrado en su domicilio.

Solicita, en definitiva, que se deje sin efecto el acto impugnado y se mantenga la vigencia del acuerdo anterior que renovó la patente, además de declarar su derecho a ser indemnizada por los perjuicios causados.

Cuarto: Que la sentencia impugnada razona que el asunto a resolver no dice relación con los requisitos para la renovación de la patente de alcoholes de la cual es titular la reclamante, ni tampoco si para dicha concesión o revocación se necesita un quórum determinado del Consejo Municipal; lo reclamado es el acto consistente en haber dejado sin efecto el acuerdo tomado en la sesión extraordinaria N° 14 del Concejo Municipal de 23 julio de 2019, que renovó la patente de la reclamante.

En efecto, en sesión ordinaria de fecha 11 de septiembre de 2019 se solicitó dejar sin efecto la decisión ya adoptada, votando afirmativamente cinco concejales y materializándose aquello a través del Decreto Alcaldicio N° 1852/2019 de 8 de octubre de 2019.

Sobre el particular, el artículo 25 del Decreto N° 293/2015 que contiene el Reglamento de Funcionamiento Interno del Concejo Municipal dispone: *“Adoptando un acuerdo o rechazada una proposición, éstos no podrán ser revisados sino en virtud de nuevos antecedentes y circunstancias que no se hubiere invocado o de los que no se hubiere tenido conocimiento al tiempo en que se adopte el acuerdo.*

Para proceder a efectuar la revisión indicada anteriormente se requerirá el acuerdo de los dos tercios de los concejales en ejercicio”.

El Concejo Municipal de Antofagasta se compone de diez Concejales más el Alcalde, es decir, consta de once miembros, resultando claro que el acuerdo adoptado el día 11 de septiembre de 2019, no contó con el quórum exigido por el Reglamento para adoptar la decisión de dejar sin efecto un acuerdo anterior.

En consecuencia, el Decreto Alcaldicio N° 1852/2019 de 8 de octubre de 2019 es ilegal, porque materializó el acuerdo del Concejo de no renovar la patente de alcoholes de la reclamante, el que se verificó con incumplimiento de lo ordenado en el Reglamento Interno del Concejo Municipal de Antofagasta.

Quinto: Que, en el sistema de fuentes del derecho, al conocer de los conflictos particulares, no resulta posible desatender las normas generales impartidas por la autoridad, sea que versen sobre materias sustanciales o procesales, principio que se denomina inderogabilidad singular del reglamento.

En el presente caso, con fecha 9 de marzo de 2015 se dictó el Decreto Exento N° 293/2015, que fijó el texto del Reglamento de Funcionamiento Interno del Concejo Municipal de Antofagasta, conforme al cual, para revisar un acuerdo previamente adoptado, se requiere la concurrencia de dos exigencias: i) la existencia de nuevos antecedentes y circunstancias que no se hubieren invocado o de los que no se hubiere tenido conocimiento al tiempo que se adopte el acuerdo; y ii) acuerdo de los dos tercios de los concejales en ejercicio.

Se trata de una norma que rige un supuesto especial y que tiene como finalidad la evitación de vistas y decisiones sucesivas de un mismo tema.

En consecuencia, el municipio reclamado se encontraba obligado al cumplimiento de aquellas normas autoimpuestas y no podía pretender eximirse de ello esgrimiendo las circunstancias particulares que rodeaban la situación de la actora, como tampoco la existencia de otras normas que regulan la materia en términos generales, puesto que ello implica contravenir sus actos propios, actuar que no puede ser digno de amparo jurídico, al vulnerar el principio de la buena fe y la certeza que por la vía de su dictación se pretendió otorgar a los administrados.

Sexto: Que, por otro lado, si se analiza el fondo de la decisión adoptada y sus fundamentos, la ilegalidad también se impone, por cuanto resultó establecido que el primer acuerdo del Concejo Municipal de Antofagasta, al disponer la renovación de la patente de la actora, resultó favorable para ésta, razón por la cual no podía invalidarse o revocarse sin previa audiencia de la afectada, presupuesto que no fue cumplido en la especie.

En efecto, los nuevos antecedentes esgrimidos consisten en fiscalizaciones posteriores al primitivo acuerdo, en el marco de las cuales se habría concluido que la actora no tenía domicilio en el inmueble al cual se había asignado la patente. Sin embargo, de tales actuaciones no se le confirió traslado o siquiera se le dio noticia de su práctica, omisión que la dejó impedida de efectuar las alegaciones pertinentes en abono a sus pretensiones.

Séptimo: Que, a mayor abudamiento, en caso de estimar el municipio que la reclamante no cumplía con los requisitos específicos para ser beneficiada con una patente municipal acogida a la Ley N° 19.749, debió iniciar el procedimiento administrativo destinado a revocar tal beneficio e imponer las exigencias contempladas en el artículo 26 de la Ley de Rentas Municipales. En otras palabras, aun cuando la actora no observara los presupuestos para acogerse a tal régimen especial, la consecuencia directa de aquello no es necesariamente la pérdida de la patente de alcoholes, sino únicamente su sometimiento a la normativa general y la consiguiente reliquidación, en caso que ello hubiere significado un menor pago.

Octavo: Que las reflexiones que anteceden conducen a concluir que la sentencia impugnada por la vía de casación en el fondo no incurre en los yerros jurídicos imputados y, por el contrario, realiza una correcta interpretación y aplicación de las normas aplicables al asunto controvertido, razón por la cual el arbitrio deducido no puede prosperar y debe ser rechazado.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 767 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación en el fondo interpuesto con fecha diecinueve de noviembre de dos mil veinte, en contra de la sentencia de siete de septiembre del mismo año, dictada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo de la Ministra señora Vivanco.

Rol N° 143.849-2020.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sergio Muñoz G., Sra. Ángela Vivanco M., Sra. Adelita Ravanales A., Sr. Mario Carroza E. y por el Abogado Integrante Sr. Pedro Águila Y. No firma, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, el Abogado Integrante Sr. Águila por no encontrarse disponible su dispositivo electrónico de firma.

En Santiago, a veintiuno de julio de dos mil veintiuno, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

Bibliografía

ANSALDI BALTAZAR, Octavio, *Autos acordados y su ámbito regulatorio*, Santiago, Editorial Librotecnia, 2014.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, *Sistema de derecho administrativo I*, Madrid, Editorial Civitas-Thomson Reuters, 2016.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos”, en *Revista de Administración Pública*, n.º 27, Madrid, 1958.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo I*, Madrid, Thomson-Civitas, 2006.
- ROMÁN CORDERO, Cristian, *Curso derecho administrativo, apuntes de clases 2022*, parte II: Fuentes del Derecho Administrativo, inédito, 2022.
- ROMÁN CORDERO, Cristián. “Derecho administrativo sancionador en Chile: ‘Ubicación’ y ‘límites’”, en *Revista Derecho y Sociedad*, n.º 54, tomo I, Lima, 2020.
- ROMÁN CORDERO, Cristián, “El control de la legalidad de las ordenanzas municipales: Criterios y propuestas”, en *Revista de Derecho Aplicado LLM-UC*, n.º 3, 2019. Disponible en <http://ojs.uc.cl/index.php/RDA/article/view/1557/2031> [fecha de consulta: 4 de julio de 2022].
- ROMÁN CORDERO, Cristián, “El requerimiento de inaplicabilidad como mecanismo de control de la arbitrariedad del legislador”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 72, Santiago, 2010.
- ROMÁN CORDERO, Cristián, “La sanción administrativa y las fronteras del derecho administrativo sancionador”, en *Ius Publicum*, n.º 40, 2018. Disponible en <http://ojs.uc.cl/index.php/RDA/article/view/1557/2031> [fecha de consulta: 4 de julio de 2022].
- ROMÁN CORDERO, Cristián, “Permisos de ocupación de bienes nacionales de uso público: Tendencias jurisprudenciales”, en Eduardo SOTO KLOSS (ed.), *El derecho administrativo y la protección de las personas*, Santiago, Ediciones UC, 2017.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo. Parte general*, Madrid, Editorial Tecnos, 2015.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de derecho administrativo general*, Madrid, Editorial Iustel, 2015, parte I.

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia constitucional

- Sentencia del Tribunal Constitucional, rol n.º 224.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, rol n.º 479.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, rol n.º 480.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, rol n.º 552.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, rol n.º 1.518.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, rol n.º 1.669.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, rol n.º 2.264.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, rol n.º 2.682.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, rol n.º 3.056 (3.136, 3.137 y 3.180 acumuladas).

Sentencia del Tribunal Constitucional rol n.º 3.489.
Sentencia del Tribunal Constitucional rol n.º 3.770.
Sentencia del Tribunal Constitucional rol n.º 7.587.
Sentencia del Tribunal Constitucional rol n.º 8.168.

Jurisprudencia judicial

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol n.º 20-2019.
Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 5.973-2011.
Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 5.379-2012.
Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 1.559-2013.
Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 1.623-2013.
Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 11.358-2015.
Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 18.846-2018.
Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 198-2019.
Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 235-2019.
Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 324-2019.
Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 2.706-2019.
Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 4.311-2019.
Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 4.325-2019.
Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 4.650-2019.
Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 4.796-2019.
Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 5.491-2019.
Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 6.373-2019.
Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 6.806-2019.
Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 6.898-2019.
Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 7.226-2019.
Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 7.929-2019.
Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 8.597-2019.
Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 8.770-2019.
Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 9.373-2019.
Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 9.853-2019.
Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 9.867-2019.
Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 10.659-2019.
Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 10.981-2019.
Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 11.055-2019.
Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 11.256-2019.
Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 11.509-2019.

Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 11.969-2019.
 Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 12.588-2019.
 Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 15.975-2019.
 Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 16.135-2019.
 Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 16.138-2019.
 Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 16.281-2019.
 Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 17.613-2019.
 Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 17.655-2019.
 Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 17.733-2019.
 Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 17.734-2019.
 Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 18.720-2019.
 Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 22.519-2019.
 Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 26.136-2019.
 Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 26.137-2019.
 Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 26.188-2019.
 Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 26.256-2019.
 Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 26.988-2019.
 Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 28.851-2019.
 Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 28.852-2019.
 Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 29.244-2019.
 Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 143.849-2020.

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

Dictamen de la Contraloría General de la República, n.º 22.321-2008.
 Dictamen de la Contraloría General de la República, n.º 7.902-2009.
 Dictamen de la Contraloría General de la República, n.º 26.019-2010.
 Dictamen de la Contraloría General de la República, n.º 32.889-2011.
 Dictamen de la Contraloría General de la República, n.º 60.748-2011.
 Dictamen de la Contraloría General de la República, n.º 2.484-2013.
 Dictamen de la Contraloría General de la República, n.º 60.691-2014.
 Dictamen de la Contraloría General de la República, n.º 24.143-2015.
 Dictamen de la Contraloría General de la República, n.º 41.979-2016.

Siglas y abreviaturas

DCGR Dictamen de la Contraloría General de la
 República

| | |
|-----------------|---------------------------------------|
| ed. | editor |
| http | Hyper Text Transfer Protocol |
| I. | Ilustre |
| n.º a veces Nº | número |
| <i>op. cit.</i> | <i>opus citatis</i> (obra citada) |
| p. | página |
| pp. | páginas |
| SCA | Sentencia de la Corte de Apelaciones |
| SCS | Sentencia de la Corte Suprema |
| Sr. | señor |
| Sra. | señora |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional |
| UC | Universidad Católica |

Recensiones

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N.º 21 | 2022

DONATELLA DI CESARE, *EL TIEMPO DE LA REVUELTA*, MADRID, SIGLO XXI, 2021

Juan Fernando Segovia*

En 2020 apareció en Turín, publicado por el editor Bollati Boringhieri, este libro de Donatella Di Cesare, ensayista y filósofa, que enseña filosofía teórica en la romana casa universitaria La Sapienza, de fundación pontificia al debutar el siglo XIV. Mucha agua ha corrido desde entonces bajo el puente y sobre el puente.

La autora ha escrito sobre variadísimos temas como dicen los títulos de sus libros: *Tortura*; *Extranjeros residentes*; *Gramática de los tiempos mesiánicos*; *Sobre la vocación política de la filosofía*; *El complot del poder*; ha dedicado su labor a Martin Heidegger, Auschwitz y el negacionismo, Hans-Georg Gadamer, etc. Ella no es desconocida en Hispanoamérica, pues se han editado varias obras suyas: *Heidegger y los judíos*; *Terrorismo. Una guerra civil global* o *¿Virus soberano? La asfixia capitalista* entre otros. No los he leído ni creo que los leeré, pues ella se define como de la izquierda radical. Sin embargo, por lo que me ha interesado este texto sobre la rebelión es por la misma razón que he leído otros de similar talante, *rectius*: De pareja ralea. Estoy preocupado por conocer en qué anda esta izquierda que tantos trastornos causa en el mundo, especialmente en nuestros países de herencia hispánica.

Unos versos de Heiner Muller, tomados de *El ángel desafortunado* (1950), abren el escrito y dicen así:

“Mi esperanza es el último respiro [...] /
Mi vuelo es la revuelta, / mi cielo el abismo de mañana”.

Que pueden leerse así: mi esperanza es la revuelta, el abismo de mañana. O, bien: mi último respiro vuela al cielo de la revuelta.

* Doctor en Derecho y doctor en Historia. Profesor investigador del Conicet (Argentina).

Y en capítulo 1: “El derecho a la respiración” se leen estas palabras, entre el registro sociológico y la profecía, que a ella se deben: “La revuelta irrumpe en todo el mundo. Se enciende, se apaga; vuelve a propagarse. Atraviesa fronteras, sacude naciones, agita continentes”. Este tiempo nuestro es de rebeldía y pareciera que nada ni nadie puede escapar. La explicación sencilla está en la violencia del poder del Estado soberano contra los ciudadanos, aunque sea una violencia escurridiza y fantasmal. La revuelta es la respuesta a la violencia.

Conocemos el argumento usado por los revolucionarios de todas las épocas: La violencia de arriba engendra la violencia de abajo. Con ello se resume su legitimidad, porque aquella es injusta y esta una defensa justificada. El Estado que nos vuelve anónimos y luego nos aniquila es contestado con la autodefensa. Lo que actualiza el estudio de Donatella Di Cesare es la pandemia, que ha expandido los instrumentos de control y la militarización del espacio público, despertando la reacción contra el disciplinamiento de ese espacio. Hoy la revuelta tiene un carácter global, las reacciones subversivas se han hecho simultáneas, son una constelación (Walter Benjamin), el eje central –el síntoma– de la dinámica revolucionaria.

Hay una dicotomía que para la autora es no solo criterio interpretativo sino, además, estrategia convulsiva: hacia el interior reina la soberanía del Estado, pero al exterior impera la anarquía, porque la rebelión está más allá del espacio público dominado por la soberanía, generando el espacio de ingobernados. Hay en ello claramente delimitado un objetivo de la revolución: El Estado, sin importar que sea confesional o laico, democrático o tiránico. Hay también un nuevo sujeto revolucionario: Los que no se dejan domeñar por la soberanía.

Una táctica que ya no es novedad: La política revolucionaria de la ocupación, de una fábrica o de una plaza. Una precisión: Los ingobernados que provocan la revuelta global son, en principio, los trabajadores, porque no obstante que el capitalismo aliena las relaciones de trabajo, el trabajo es ya en sí mismo un mundo común, horizontal, igualitario. Se trata de reforzar esa comunidad. Una frase: “Estar-juntos significa reaccionar ante un mundo que aísla, que separa”. Ahora ni siquiera la democracia se salva; la resistencia inmuniza contra el aislamiento y la desigualdad, contra la antipolítica de la democracia, que es la de la soberanía.

La rebeldía no sigue una línea recta; sus caminos son sinuosos, transversales, circulares. La rebeldía es clandestina. Otra frase:

“La resistencia es un movimiento que no tiene la verticalidad del levantamiento, ni el semblante abierto de la rebelión, sino la latencia generalizada y anónima de la clandestinidad”.

La rebeldía es negatividad, política de autodefensa. Se quiere recuperar la revolución que la democracia liberal vomitó de sus entrañas. Hay que dejar de llorar sobre el cadáver, dejar el duelo, retomar la revolución.

Se invocan los demonios de la revolución: Victor Hugo, Carl Marx, Friedrich Engels, Albert Camus, la rata viscosa Jean Paul Sartre, el teólogo secular Walter Benjamin, Herbert Marcuse, Furio Jesi, Rosa de Luxemburgo, etc. Ellos custodian el tesoro y lo transmiten a los actuales revolucionarios. Pero no se trata de aprender teoría sino, antes bien, de encarar la *praxis*. Los aparatos teóricos se evaporan y queda nada más que la voluntad revolucionaria. Nada de moralidad, burguesa o revolucionaria. La revolución no es un problema de conciencia, es lo urgente de la supervivencia.

Todo el texto está permeado deliberadamente por esta dialéctica: Política vs. policía; anarquía vs. soberanía; ingobernados vs. Estado; movimiento vs. *status quo*; revolución vs. disciplina; borde vs. centro; etc. Una frase del capítulo III: “Entre política y policía”, parece sistematizarla:

“No hay política más que en la interrupción anárquica, en el vacío en el que, apenas perceptible, la llamada a la igualdad desdice la lógica del gobierno, donde en un movimiento incesante se reconstituye una y otra vez el ser-juntos de la comunidad”.

Podríamos seguir hasta el hartazgo con este juego de escritura, deconstructivo y huero (por vacío, no por vano). Por ejemplo, precisar la distinción entre revuelta, rebelión, revolución y otras ideas afines. Pero carece de sentido, porque no hay propósitos teóricos en esta doctora en filosofía. Su texto está plagado de frases bonitas, escritas para encender emociones y provocar la contraofensiva de los reprimidos y violentados que se han vuelto ingobernados. Pero nada más hay en estos artículos: Solo fuegos de artificio en celebración de la anarquía y el caos, repetitivos hasta la aridez. Es en verdad sorprendente –no debiera serlo, es cierto– que el intelecto se haya rebajado a tan servil condición. Y tampoco es extraordinario que esta fiesta de la estupidez destructora se celebre con premios, aplausos de la opinión pública, sitaliales académicos, puestos oficiales y dinero.

Acoto una impresión: como antes lo hiciera –en las décadas 1950, 1960 y 1970–, la izquierda quiere capitalizar y apropiarse de los movimientos de protesta que el capitalismo liberal produce necesariamente; como el resfrío, los estornudos. A lo más o menos espontáneo, el revolucionario profesional aporta organización, dirección e ideología, porque persigue propagar la destrucción anárquica, no estabilizarla, sacarla del atolladero de los arrestos particulares. Es otro método de la “ocupación”, confiados en la imbecilidad de los revoltosos irreflexivos.

Este pretendido libre, se agota en el ejercicio revolucionario del intelectual de izquierda: sentado en su cómoda cátedra, invita a los otros a la revuelta, mientras él la observa desde su privilegiado sitio, sintiéndose su autor, dispuesto siempre a bajar al lugar ocupado por la anarquía y reclamar los laureles de su dominio. Han sido y siempre serán unos aprovechadores, que no derraman su sangre ni transpiran la camisa.

Decía al comienzo que había pasado mucha agua por abajo y por encima de La Sapienza. Pero lo que ahora corre es líquido cloacal mezclado con veneno, travestido de literatura filosófica.

Siglas y abreviaturas

| | |
|---------|--|
| Conicet | Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas |
| etc. | etcétera |
| vs. | versus |

Instrucciones para los autores

Derecho Público Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

N.º 21 | 2022

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

Derecho Público Iberoamericano es una revista semestral del Centro de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Se publica los meses de abril y octubre de cada año.

Se propone analizar el derecho público contemporáneo desde una perspectiva problemática, levantando dudas donde hay consensos artificiosos, aportando certezas donde abundan los disensos permanentes, con la convicción de que los principios de toda investigación en este ámbito son los derechos fundamentales de la persona humana y la promoción del bien común. En tal tarea, buscamos vincular a la comunidad científica nacional y extranjera promoviendo con especial empeño el análisis de las dificultades que afronta el derecho iberoamericano, sin merma de la pluralidad y del interés universal que corresponde a toda publicación científica.

Para alcanzar tales objetivos, *Derecho Público Iberoamericano* promueve, cultiva y difunde el estudio del derecho público desde las diversas aproximaciones científicas: dogmática constitucional, derecho internacional de los derechos humanos, teoría constitucional, filosofía jurídica y política, sociología jurídica, historia del derecho y otras disciplinas concurrentes.

La revista cuenta con cuatro secciones permanentes: “estudios”, “ensayos”, “comentarios de jurisprudencia” y “recensiones”.

1. Materias de interés

1. Derechos fundamentales. 2. Justicia constitucional. 3. Organización política. 4. Derecho administrativo. 5. Regulación económica. Otras disciplinas concurrentes: Derecho tributario, derecho económico, derecho ambiental, derecho eléctrico, derecho de aguas, etcétera.

2. Perspectivas de interés

1. Dogmática jurídica. 2. Teoría del Derecho. 3. Evaluación práctica. 4. Análisis jurisprudencial. 5. Sociología jurídica. 6. Historia del Derecho. 7. Filosofía jurídica y política. 8. Otras ópticas concurrentes.

3. Tipos de colaboración

1. Artículos de doctrina. 2. Monografías. 3. Ensayos. 4. Comentario de jurisprudencia. 5. Comentario de problemas jurídicos. 6. Recensiones o reseñas bibliográficas.

4. Normas para la redacción de los trabajos

1. Los trabajos deben ser inéditos y originales. Serán escritos en español, salvo que la filiación académica del autor sea diversa, en cuyo caso el manuscrito se publicará en el idioma correspondiente. No se considerarán originales las traducciones al español de artículos ya publicados en otro idioma.
2. Los estudios o artículos científicos deberán ir encabezados con un título en español e inglés, un resumen en español e inglés de no más de ciento cincuenta palabras, y de entre tres y cinco palabras clave, en ambos idiomas. Este recurso es obligatorio tratándose de estudios y ensayos.
3. El nombre del autor se indicará bajo el título. A pie de página se mencionarán el título profesional, los grados académicos y la universidad o institución a la que pertenece y correo electrónico. En casos de tener varios grados académicos, se indicará el más alto.
4. Los manuscritos deben ser redactados en tipografía Times New Roman, tamaño 12 con interlineado de 1,5 para el texto y 10 para las notas con interlineado de 1,15, en hoja tamaño carta. La extensión, incluyendo citas, tablas y gráficos, debe oscilar entre las siete mil y diez mil palabras como máximo.

5. Referencias bibliográficas

1. Las referencias bibliográficas a pie de página serán abreviadas, con la finalidad de no abultar en demasía el texto. Se indican sólo

tres elementos: autor –nombre y apellidos (EN VERSALES)–, título de la obra (*cursiva* si es libro, y “entre comillas” si es artículo), y página citada.

Ejemplo: Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, p. 46.

2. Las referencias jurisprudenciales se indicarán del modo que sigue: Tribunal/ (año de dictación); Rol/, considerando o párrafo citado.

Si la identidad de las partes es relevante para la identificación de la sentencia, podrá también ser agregada, a continuación de la identificación del tribunal y antes del año de dictación.

Tratándose de tribunales extranjeros o internacionales, la referencia a pie de página podrá hacerse de acuerdo al uso oficial o común de cada tribunal reconocido en la comunidad científica, como es el caso, por ejemplo, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o del Tribunal Constitucional español.

3. La referencia completa de las obras citadas se hará al final del trabajo bajo el título Bibliografía.

Si se trata de un *libro*, se sigue el siguiente orden: AUTOR (ES), sea institución o persona (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES), *Título de la publicación (en cursiva)* / (Edición, si no es la primera, Lugar de publicación, Editorial, Año de publicación, vol. o vols. –sin indicar el número de páginas.

Ejemplo: Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1983, vol. III.

Si es una traducción puede indicarse así:

Ejemplo: Philippe LE TOURNEAU, *La responsabilidad civil*, traducción de Javier Tamayo Jaramillo, Bogotá, Editorial Legis, 2004.

Si se trata de un artículo dentro de un libro: AUTOR(ES) del artículo (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES) / “Título del artículo” (entre comillas) / seguido de la palabra ‘en’ indicación de nombre y APELLIDOS del editor (ed.), coordinador (coord.) o director (dir.)/ *Título del libro (en cursiva)* / Número de edición, si no es la primera, Lugar de publicación, Editorial, Año de publicación.

Ejemplo: Elena VICENTE DOMINGO, “El daño”, en L. Fernando REGLERO CAMPOS (COORD.), *Tratado de responsabilidad civil*, 3ª ed., Madrid, Editorial Aranzadi, 2006.

Si se trata de un artículo de revista: AUTOR(ES) del artículo (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES) /, “Título del artículo” (en redondas y entre comillas) / seguido de la palabra ‘en’ *Nombre de la revista* (en *cursivas*), año, vol. y n.º (cuando corresponda) / Ciudad /Año.

Ejemplo: Andrés BERNASCONI RAMIREZ, “El carácter científico de la dogmática jurídica”, en *Revista de Derecho*, año 2, vol. XX, n.º 1, Valdivia, 2007.

En cuanto a las referencias ya citadas: por regla general se identifican por apellido del autor (en versales), las dos primeras palabras de la obra, puntos suspensivos (en *cursivas* si es *libro* o entre comillas si es “artículo”), *op. cit.* y página, o simplemente apellido (en versales) y *op. cit.*, cuando corresponda.

Ejemplos: GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio...*, *op. cit.*

BERNASCONI RAMIREZ, “El carácter...”, *op. cit.*, p. 35.

LE TOURNEAU, *op. cit.*

En el caso que la obra o documento citado se reitere inmediata y sucesivamente, basta con colocar *ibid.* u *op. cit.* y página, según corresponda.

Si se trata de un documento en formato electrónico: AUTOR(ES) (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES,) / *Título* (en *cursiva* si es *libro* y entre “comillas” si es artículo), año de publicación / Disponible en: Dirección electrónica completa. [Fecha de consulta: ...].

Si se trata de jurisprudencia: Tribunal / (Año de dictación): Rol / Fecha de la sentencia. Sede de edición o publicación y responsable de la misma, o la fuente electrónica donde se ubica.

6. Envío autores

Para el envío adecuado de los trabajos, deberá registrarse como autor en nuestra página web. Para ello, siga el siguiente enlace: <https://revistas.udd.cl/index.php/RDPI/about/submissions>

Una vez realizada la suscripción, el sistema le indicará los pasos a seguir para subir su contribución intelectual. Ante cualquier duda respecto del proceso, favor de escribir a los siguientes correos electrónicos: rdpi@udd.cl o a jalvear@udd.cl

7. *Proceso de selección de los trabajos*

1. Si el trabajo ha cumplido con las normas precedentes, *Derecho Público Iberoamericano* decidirá su publicación previo informe favorable de pares evaluadores externos. La evaluación será anónima. El autor recibirá oportunamente el resultado de los informes de acuerdo con los criterios de relevancia u oportunidad de la materia tratada, redacción, originalidad, solidez argumentativa y conclusiva, y uso de fuentes bibliográficas, entre otros.
2. Antes de que el comité editorial remita el trabajo a los evaluadores externos, su autor deberá hacer llegar una carta de declaración de originalidad de su contenido.
3. En el mismo proceso de selección del trabajo, el autor deberá enviar una carta que acredite que cumple las normas nacionales e internacionales que prohíben el plagio.

Este número, de quinientos ejemplares,
se terminó de imprimir en el mes de octubre de 2022
por Versión Producciones Gráficas
Santiago de Chile

