

ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Revista del Centro de Estudios Constitucionales

Año 1 N° 1 ISSN 0718-0195

Universidad de Talca, Santiago, Chile, 2003



Universidad de Talca. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Centro de Estudios Constitucionales

Dirección: Québec 415 esquina Avda. Condell, Providencia, Santiago, Chile

Correo electrónico: cecoch@utalca.cl Página Web: www.cecoch.cl

EL JUEZ Y LOS EFECTOS DE LA CONSTITUCIÓN EN EL TIEMPO (**)

José Ignacio Martínez Estay (*)

RESUMEN

Las peculiaridades de nuestro sistema de control de constitucionalidad, en particular la existencia de un procedimiento de control concreto y concentrado a cargo de la Corte Suprema, podrían llevar a concluir que los jueces de la instancia poco o nada tienen que decir en toda esta temática. Ello supondría que en la resolución de los pleitos sometidos a su decisión, los jueces deberían prescindir de la Constitución, en el sentido de no preguntarse acerca de si las normas aplicables al caso se ajustan a ésta. Pero desde luego aquella conclusión resulta ser no sólo un tanto chocante, sino que además contraría al sentido común. Y es que en gran medida ella supone asumir que si bien la Constitución es Derecho, sólo lo es para la Corte Suprema, mas no para los tribunales inferiores, salvo en el caso de aquellos específicos procedimientos de índole constitucional, como los recursos de amparo, de protección o de amparo económico. Como esto no resulta muy lógico, es necesario interpretar la normativa constitucional a la luz de los principios e instituciones básicas del Derecho Constitucional, y a partir de ello extraer las conclusiones que resulten acordes a éstas.

Derecho Público. Derecho Constitucional. Principios de Derecho Constitucional. Control de constitucionalidad.

(*) Profesor de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes.

(**) El presente artículo es el primer resultado de la investigación que el autor está llevando a cabo en el marco del Proyecto Fondecyt N° 1030624.

Artículo recibido el 8 de octubre de 2003. Aceptado por el Comité Editorial el 15 de octubre de 2003.

Correo electrónico: jjmartinez@uandes.cl.

I. PRESENTACIÓN

Los orígenes del Derecho Constitucional nos muestran una estrecha relación entre jueces y Constitución. Ello no sólo por el destacado rol que le cupo al Juez Coke en la lucha contra las pretensiones absolutistas de Jacobo I de Inglaterra¹, sino también porque, como lo entendieron los padres fundadores de Estados Unidos de Norteamérica, los jueces están llamados a ser “guardianes” de la Constitución y de los derechos y libertades de las personas². Así las cosas, los jueces son ni más ni menos que los principales defensores de la Constitución, pues ellos no sólo deben velar porque los poderes públicos ajusten su actuar a ésta, sino que además por el respeto de los derechos fundamentales.

En el cumplimiento de dichas funciones el juez debe considerar que, en lo que tiene de norma jurídica³, la Constitución es la norma más importante de todas las del sistema jurídico en que ella rige, y en tal carácter prima por sobre todas éstas. A este respecto resulta evidente que las normas inferiores a la Constitución que se dicten a futuro deberán ajustarse a ella, y lo mismo deberá ocurrir con las que estaban vigentes al momento de su entrada en vigor. No obstante, las peculiaridades de nuestro sistema de control de constitucionalidad, en particular la existencia de un procedimiento de control concreto y concentrado a cargo de la Corte Suprema, podrían llevar a concluir que los jueces de la instancia poco o nada tienen que decir en toda esta temática.

Ello supondría que en la resolución de los pleitos sometidos a su decisión, los jueces deberían prescindir de la Constitución, en el sentido de no preguntarse acerca de si las normas aplicables al caso se ajustan a ésta. Pero desde luego aquella conclusión resulta ser no sólo un tanto chocante, sino que además contraría al sentido común. Y es que en gran medida ella supone asumir que si bien la Constitución es Derecho, sólo lo es para la Corte Suprema, mas no para los tribunales inferiores, salvo en el caso de aquellos específicos procedimientos de índole constitucional, como los recursos de amparo, de protección o de amparo económico. Como esto no resulta muy lógico, es necesario interpretar la normativa constitucional a la luz de los principios e instituciones básicas del Derecho Constitucional, y a partir de ello extraer las conclusiones que resulten acordes a éstas.

Es por ello que en el presente trabajo se analizará en primer lugar la relación existente entre jueces y Constitución. Para tal efecto, y luego de señalar qué es una

¹ En el famoso caso del Dr. Bonham (1610), el juez Coke sostuvo que nadie está por sobre el *Common Law*, y que por ende el rey también estaba sujeto a éste.

² Es el lenguaje utilizado por Hamilton en El Federalista N° 78, que puede consultarse en Hamilton, Madison y Jay. 1943. **El Federalista**, México, Fondo de Cultura Económica, 330 y ss. (traducción de la edición en inglés **The federalist; a commentary on the constitution of the U.S.**, New York, Modern Library, 1941).

³ Como se verá más adelante, ella tiene una naturaleza tan política como jurídica.

Constitución, se verá la especial naturaleza de ésta, y la relación existente entre ella y el Derecho, para luego estudiar los principios y características básicas de aquélla. Esta parte terminará con un análisis de los principales principios de hermenéutica constitucional, específicamente en materia de derechos fundamentales. A continuación, y en segundo lugar, se entrará a analizar el rol que le cabe a los jueces respecto de los efectos de la Constitución en el tiempo. Para tal efecto se plantearán las particularidades del principio “ley posterior deroga ley anterior” en el Derecho Constitucional chileno. A continuación se hará una breve referencia a los procedimientos para resolver los problemas derivados de los efectos de la Constitución en el tiempo, tanto respecto de normas anteriores como posteriores a la entrada en vigor de ella. Por último se estudiarán los efectos de los derechos fundamentales en el tiempo, tema de especial relevancia, toda vez que los derechos son el sentido y fin de toda Constitución, y su eficacia puede verse afectada tanto por normas pre como post constitucionales.

II. CONSTITUCIÓN, DERECHO Y JUEZ

A) Qué es una Constitución

1. Concepto. Hasta el advenimiento del absolutismo en la tradición occidental nunca se había postulado la posibilidad de monopolizar el Derecho, menos aún por parte del poder. De hecho ya en la Roma clásica se distinguía claramente entre la *potestas* (poder) y *auctoritas* (saber socialmente reconocido)⁴, y se entendía que el Derecho era producto de ésta y no de aquélla. Don Alvaro D’Ors recuerda precisamente que en Roma el Derecho, el *ius*, “que significa ‘lo justo’, es decir, el orden judicial socialmente admitido” era “formulado por los que saben de lo justo: por los *iuris prudentes*”⁵. Estos planteamientos formaban parte de la cultura europea, pero sólo en Inglaterra resistieron los embates del absolutismo. Las pretensiones absolutistas de los Estuardo chocaron frente a la resistencia del Parlamento y los jueces, lo que incluso se tradujo en dos guerras civiles durante el siglo XVII.

Producto de este enfrentamiento se impone la idea de limitar el poder, precisamente por medio del Derecho, con la finalidad de garantizar de esta forma los derechos y libertades de la gente. Surge así el constitucionalismo y su principal invento, la Constitución, que no es más que un mecanismo destinado a frenar el poder por medio del Derecho, a fin de garantizar los derechos y libertades inherentes al hombre. La Constitución es por tanto un freno al poder. Ello supone el Impe-

⁴ Como dice don Alvaro D’Ors “la autoridad es el saber socialmente reconocido, un saber que no participa en la potestad ni depende de ella, sino que, por el contrario, puede declararse en contra de ella denunciando los abusos del ejercicio del poder”. D’Ors, Alvaro. 1995. **Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo**. Madrid, Civitas, 94.

⁵ D’Ors, Alvaro. 1989. **Derecho privado romano**, Pamplona, Eunsu, 7ª edición, 43. Sólo a partir de la época post-clásica el emperador “acumula en su persona la autoridad y la potestad”; *ibid.*, 57.

rio del Derecho, lo que determina que el poder esté sometido a éste, lo que significa entre otras cosas que el Derecho está por sobre el poder. Por lo anterior, y parafraseando a Martin Kriele, puede decirse por tanto que en un sistema auténticamente constitucional lo único soberano es la Constitución⁶, que es lo mismo que decir que lo único soberano es el Derecho.

2. Su naturaleza política. Como ya se dijo, todas aquellas ideas están plasmadas en aquello que denominamos Constitución, que por regla general es un texto escrito, y más específicamente una norma, o sea, una prescripción o regla. Esta norma es la que determina cuáles son los órganos del Estado, qué atribuciones y competencias tienen, cómo se componen y generan. A ello se agrega que usualmente contienen listados de derechos y libertades que se reconocen y garantizan a las personas⁷. En tal sentido la Constitución es una norma de naturaleza política y jurídica. Su carácter político es consecuencia de que la idea de limitar el poder y asegurar derechos y libertades es de naturaleza política, y porque muchos de los preceptos de una Constitución tienen carácter predominantemente político. Piénsese por ejemplo en los preceptos constitucionales que regulan la forma de Estado o la organización y funciones de los órganos del Estado. Se trata esencialmente de normas que contienen decisiones políticas, aunque su infracción bien puede acarrear consecuencias jurídicas, como por ejemplo la nulidad del acto o actuación efectuada en contravención a una norma organizativa o atributiva de competencias.

3. Su naturaleza jurídica. La Constitución como norma jurídica. El carácter jurídico de la Constitución se debe a que aquella idea política de obtener la limitación del poder, se consigue precisamente mediante su sometimiento al Derecho: la Constitución supone el Imperio del Derecho. Pero además, las constituciones tienen también carácter jurídico porque contienen normas predominantemente jurídicas, como lo son por ejemplo las relativas a derechos y libertades fundamentales. Y es que sin duda lo más jurídico de cualquier constitución son sus preceptos sobre derechos y libertades. En cuanto a norma jurídica la Constitución es sin duda la cúspide de éstas. En otros términos, a ella se subordinan todas las demás.

Sin embargo, esto no significa que la Constitución sea la cúspide del Derecho, ni la fuente última de toda la juridicidad. Ello porque ni el Derecho es sólo norma, ni éstas son, necesariamente, la fuente más importante de aquél. Así, el Derecho está compuesto por un conjunto de elementos, entre los que desde luego se cuentan las normas. Pero junto a ellas están también la equidad, los principios jurídicos, las decisiones judiciales, la costumbre y la doctrina, todo lo cual conforman esta realidad que denominamos Derecho.

⁶ Kriele, Martin. 1980. **Introducción a la teoría del Estado**, Buenos Aires, Depalma, 149 y ss.

⁷ Si bien esto es lo que ocurre en los países que tienen una Constitución escrita y codificada, que son la mayoría, debe tenerse presente que Inglaterra carece de Constitución escrita. Su Constitución está compuesta por un conjunto de Leyes, costumbres, principios y decisiones judiciales, todas las cuales podrían, en teoría, ser modificadas o derogadas por el Parlamento.

Por otra parte, si bien desde un punto de vista nominal en cualquier sistema jurídico las normas constituyen parte importante del Derecho, no puede perderse de vista que ellas no se aplican solas, y que siempre requieren de interpretación. De ahí que la función judicial resulta trascendental en cualquier sistema jurídico, máxime si el fin propio del Derecho, la determinación de lo justo en el caso concreto, es precisamente el objetivo de aquélla. Si a esto se agrega el hecho de que la función interpretativa debe siempre considerar la equidad y los principios jurídicos, parece sensato concluir que el Derecho es mucho más que un puro conjunto de normas.

Así las cosas, como la Constitución es un límite al poder por medio del Derecho, resulta entonces que ella viene a ser una representación de todo aquello que denominamos Derecho, pues es éste el instrumento a través del cual se frena al poder.

B) Constitución y Derecho

1. La idea de Imperio del Derecho (Estado de Derecho). De lo dicho hasta aquí, conviene tener siempre presente que el constitucionalismo y la Constitución nacieron como una reacción en contra del absolutismo y de su idea de soberanía, que es la misma que está detrás del surgimiento del Estado. La Constitución supone por tanto el Imperio del Derecho (Rule of Law), que no es más que la supremacía de éste por sobre el poder. Por ende, las demás normas jurídicas, que son manifestación de ese poder (la Ley y las manifestaciones de la potestad reglamentaria), están sometidas a la Constitución, y por supuesto, están por debajo de ella. Como se comprenderá, el rol de la Constitución y de las demás normas jurídicas es distinto según cual sea la concepción que se tenga de las relaciones entre Derecho y poder. Si éste está sometido al Derecho, la Constitución está por encima del poder, y por tanto de las manifestaciones normativas de éste. Por el contrario, si sólo el poder es quien decide lo que es Derecho, éste no sólo es monopolizado por aquél, sino que además, necesariamente, está por sobre el Derecho.

Pero como se comprenderá, el Imperio del Derecho supone necesariamente que la Constitución tampoco es el Derecho mismo, aunque sí es la fuente más importante del Derecho positivo, y es la cúspide de las normas jurídicas. Ello se explica porque para el constitucionalismo el principio básico es el Imperio del Derecho. Pero esto no significa que todo el Derecho esté comprendido en la Constitución. No fue esa la idea de los padres del constitucionalismo, ni es posible codificar en un solo texto todo el Derecho, lo que resulta no sólo irreal, sino que además innecesario. Así, la Constitución debe ser entendida no sólo como el texto al que llamamos con ese nombre, sino que además, y por sobre todo, a aquella idea matriz de que el poder debe estar sometido al Derecho. Es cierto que la Constitución propiamente tal (Constitución en sentido formal) contempla una serie de mecanismos a través de los cuales se persigue dicha limitación, pero ello no significa que el poder sólo deba ajustarse a éstos. Así, el poder también se debe ajustar al

resto de las normas jurídicas, a las decisiones de los jueces, así como a la equidad y a los principios jurídicos, aunque no estén por escrito. Recuérdese que para el constitucionalismo la Constitución no es sinónimo de monopolio del Derecho, por lo que mal puede ésta agotar el Derecho. De hecho nuestra Constitución lo entiende así, como se desprende claramente de los artículos 5, 6 y 7⁸.

2. Los derechos fundamentales

a) Derechos fundamentales y Constitución. Los derechos fundamentales son la razón de ser de la Constitución. Es más, ésta fue inventada con el objeto de protegerlos y ampararlos frente al poder. Los padres del constitucionalismo creían firmemente en que los derechos y libertades eran facultades inherentes al ser humano, cuestión que era considerada una “verdad auto-evidente”⁹, por lo que las constituciones no los creaban, sino que sólo les competía reconocerlos y garantizarlos. Probablemente dicha creencia influyó en que los constituyentes norteamericanos no hubiesen incorporado originalmente a la Constitución de Estados Unidos una declaración de derechos, lo que sólo ocurrió al incorporarse las primeras diez enmiendas (1791). Pero incluso cuando aquello sucedió tuvieron el buen cuidado de aclarar que los derechos así reconocidos eran sin perjuicio de los demás que le corresponden a la gente (novena enmienda), con lo que se ratifica su visión respecto del origen de éstos.

⁸ Artículo 5: “La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

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

Artículo 6: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

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

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la Ley”.

Artículo 7: “Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la Ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas puede atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las Leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la Ley señale”.

⁹ La Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica comienza con la siguiente declaración: *We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable rights, that among these are life, liberty and the pursuit of happiness.*

Nuestra Constitución sigue la línea impuesta por el constitucionalismo clásico, cuestión que aparece de manifiesto a la luz del inciso 1° de su art. 1, así como del enunciado del art. 19, y tácitamente de lo señalado en la parte final del inciso 2° de su art. 5. En otros términos, en el sistema constitucional chileno no cabe duda que los derechos y libertades no son una creación del constituyente, sino que éste simplemente los reconoce y garantiza.

b) Valor jurídico de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales no son meras declaraciones de principios de carácter filosófico. Por el contrario, se trata de facultades justiciables, es decir, invocables ante los jueces, quienes por ende les deben brindar protección jurisdiccional. Y es que la idea de consagrar proclamaciones de derechos no tendría ningún sentido para los padres del constitucionalismo si no pudiesen ser alegados ante un juez. Pero debe tenerse presente que dicha aplicabilidad de los derechos por los jueces tiene carácter directo, es decir, su sola proclamación constitucional resulta suficiente para su satisfacción y tutela, sin necesidad de ulterior desarrollo normativo inferior. Por ejemplo, el derecho a la vida o la libertad de expresión, son en sí formulaciones autosuficientes, que imponen claramente un deber de no atentarse contra ellos¹⁰.

En general esa es la situación de todos los derechos y libertades clásicos (en oposición a los sociales¹¹). Esto sin perjuicio de los complementos normativos inferiores a la Constitución, por ejemplo en el ámbito del Derecho Penal. Pero ellos no agregan nada sustantivo al derecho o libertad clásico. Para seguir con el mismo ejemplo, la vida o la libre expresión son cuestiones pre-jurídicas, inherentes al hombre, y su puro reconocimiento constitucional permite que un juez pueda adoptar las medidas conducentes a su respeto. Y como ya se dijo, para ello basta la sola declaración constitucional, pues lo propio de estos derechos es que su formulación es suficiente para que se basten a sí mismos¹².

¹⁰ En ese sentido, y como destaca Klaus Stern, el artículo 1.3 de la Ley Fundamental de Bonn contiene una obviedad, pues no cabe duda que los derechos fundamentales constitucionales deberían tener vigencia inmediata. En todo caso, la inclusión de cláusulas como aquella tiene una explicación histórica, relacionada con la falta de experiencia constitucional. Y así, durante la vigencia de la Constitución de Weimar se dudaba acerca de la actualidad de los derechos fundamentales; Stern, Klaus. 1988. "El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 1, 261-277., 263. En similares términos se pronuncia Hans Peter Schneider en Schneider, Hans Peter. 1991. "Democracia y Constitución. Orígenes de la Ley Fundamental", en **Democracia y Constitución**, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 16.

¹¹ Sobre la naturaleza, valor y eficacia de los derechos sociales ver Martínez Estay, José Ignacio. 1997. **Jurisprudencia constitucional española sobre derechos sociales**, Barcelona Cedecs, 1997.

¹² Sobre este punto Pérez Royo destaca que la incorporación de un *bill of rights* a la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica, supuso la eficacia directa de los derechos, "que pueden ser alegados ante los tribunales de justicia"; en Pérez Royo, Javier. 1994. **Curso de Derecho Constitucional**, Madrid, Marcial Pons, 1ª ed., 211.

Un buen ejemplo de todo esto lo constituye la sentencia del Tribunal Constitucional español 15/1982, de 23 de abril, con relación al derecho a la objeción de conciencia respecto del servicio militar, reconocido en el art. 30.2 de la Constitución de España. Este fallo reconoció a un recurrente de amparo constitucional el derecho a aplazar su incorporación a filas hasta que se dictase la ley que regulase la objeción de conciencia de conformidad a lo preceptuado en aquella norma. El alto tribunal sostuvo que la necesidad de regulación legal respecto de este derecho “no significa que sea exigible tan sólo cuando el legislador lo haya desarrollado, de modo que su reconocimiento constitucional no tendría otra consecuencia que la de establecer un mandato dirigido al legislador sin virtualidad para amparar por sí mismo pretensiones individuales. Como ha señalado reiteradamente este Tribunal, los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos (arts. 9.1 y 53.1 de la Constitución) y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos; el hecho mismo de que nuestra norma fundamental en su art. 53.2 prevea un sistema especial de tutela a través del recurso de amparo, que se extiende a la objeción de conciencia, no es sino una confirmación del principio de su aplicabilidad inmediata” (fundamento jurídico 8). “La dilación en el cumplimiento del deber que la Constitución impone al legislador no puede lesionar el derecho reconocido en ella” (fundamento jurídico 8).

3. La supremacía de la Constitución

a) Supremacía e Imperio del Derecho. Si se tiene presente la relación existente entre Constitución e Imperio del Derecho, se entenderá con facilidad que éste conlleva la idea de que aquélla está por sobre el poder, porque en último término el Derecho está por sobre éste. Es decir, la supremacía de la Constitución significa que la Constitución está por sobre el poder, el que debe someterse a aquélla. Ello significa que por ejemplo en Chile tanto el Ejecutivo, como el Legislativo y el Judicial están sometidos a ella, y en sus actuaciones deben ajustarse a sus preceptos. Nuestra Constitución recoge este significado de la expresión supremacía en su artículo 6 inciso 1º, al señalar que “los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”.

b) Supremacía normativa de la Constitución. Como la Constitución es una norma de naturaleza política y jurídica, según se vio antes, en lo que tiene de jurídico es la norma jurídica más importante de un país. Y así por ejemplo en Chile la Constitución de 1980 está por sobre el resto de las normas jurídicas, o sea, por sobre las leyes, los decretos con fuerza de ley, los reglamentos, decretos, instrucciones, ordenanzas y demás normas. Todas éstas deben ajustarse a la Constitución, y las que no lo hagan son nulas y sin ningún valor, por ser inconstitucionales. Sin embargo, todo ello no significa que la Constitución sea la cúspide del Derecho mismo, porque el Derecho no es sólo normas jurídicas, ni tampoco es susceptible de ser abarcado por una sola norma, ni siquiera por una Constitución. Ninguna

norma, de ningún tipo, es capaz de abarcar la equidad y todos los principios jurídicos, y no es necesario ni razonable que lo haga.

En su carácter de norma jurídica, la Constitución persigue el sometimiento del poder al Derecho mediante la asignación de competencias a los distintos órganos del Estado. Ello implica que éstos sólo pueden ejercer dichas competencias y no otras, y sólo en la forma que lo establezca la Constitución y las normas que la desarrollen (leyes, reglamentos, decretos, etc.). Nótese que no sólo deberán respetar la Constitución, sino que además las normas jurídicas que la desarrollan y complementan, lo que resulta lógico, pues, como ya se dijo, la Constitución no agota el Derecho. Esto es precisamente lo que dispone el artículo 7 de nuestra Carta Fundamental. Según los incisos 1° y 2° de este precepto, “los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la Ley” (inciso 1°), por lo cual “ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las Leyes” (inciso 2°).

c) La directa aplicabilidad de la Constitución. No es más que una consecuencia del hecho de que la Constitución es Derecho, pues es una norma jurídica (en parte), y por sobre todo, porque ella viene a ser una representación de todo aquello que denominamos Derecho, pues es éste el instrumento a través del cual se frena al poder. Pero además su juridicidad y directa aplicabilidad se relaciona especialmente con los derechos y libertades fundamentales que garantiza. Ello porque es precisamente en este aspecto en donde se manifiesta con más fuerza la idea de que la Constitución no necesita de ulterior desarrollo para ser invocada ante los jueces, a fin de que éstos den eficacia a los mecanismos de limitación del poder y de tutela de aquellos derechos y libertades. Pues bien, eso es ni más ni menos su directa aplicabilidad: la cualidad que tiene esta norma para ser invocada ante los tribunales, y aplicada por éstos como cualquier otra norma jurídica, sin necesidad de esperar a posteriores desarrollos normativos.

d) Juez y Constitución. Como ya se ha dicho, la Constitución es un límite al poder por medio del Derecho, lo que supone la primacía de éste sobre aquél. Pero para que todo ello sea posible, se hace inevitable la intervención de los jueces. Así lo advertía Hamilton en *El Federalista*, cuando señalaba que el deber principal de los tribunales de justicia “ha de ser el declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución. Sin esto, todas las reservas que se hagan con respecto a determinados derechos o privilegios serán letra muerta”¹³. A su juicio resulta “más racional entender que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad”¹⁴. En resumen, los jueces son los encargados de velar por el respeto de la Constitución por parte de los poderes

¹³ Hamilton, Madison y Jay, 331.

¹⁴ *Ibid.*, 332.

públicos, y tal labor está sujeta a la aplicación de ciertos principios hermenéuticos propios del Derecho Constitucional, que se analizarán brevemente a continuación.

4. Principios de hermenéutica constitucional

En materia interpretativa, el Derecho Público, y en particular el Constitucional, está sujeto a algunos principios hermenéuticos que se alejan de los propios del Derecho Privado. No es que estos últimos no deban aplicarse en aquél ámbito, sino que simplemente su aplicación está sujeta al respeto y cumplimiento de otros principios, propios del Derecho Constitucional, y que son consecuencia directa del fin último de la Constitución: la limitación del poder y la garantía de los derechos y libertades. De ello se siguen los siguientes principios interpretativos:

a) Principio *pro-homine* y sus manifestaciones más importantes. En materia de derechos fundamentales, debe estarse siempre con la interpretación más favorable a éstos. Y así por ejemplo, una consecuencia de ello en el ámbito temporal es la irretroactividad de las regulaciones normativas que restrinjan el ejercicio de derechos y libertades. Ello significa que toda restricción de derechos o libertades debe siempre interpretarse de manera restrictiva, y que en caso de duda debe siempre estarse con la interpretación más favorable al afectado por ella, etc. Una manifestación concreta de este principio es el *in dubio pro reo* del Derecho Penal, una de cuyas concreciones es la irretroactividad de la ley penal, recogido por la Constitución chilena en su art. 19 N° 3 inciso 7°, y por el art. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Otra manifestación concreta del principio “*pro-homine*” es el *in dubio pro operario* del Derecho Laboral, que inspira normas como los artículos 7 al 9 del Código del ramo, en especial el inciso 4° de este último precepto. Otra concreción de aquel principio es el de irretroactividad de las normas tributarias sancionadoras, recogido por el artículo 3 del Código Tributario.

Pero como se comprenderá, con ello no se agota toda la riqueza del principio *pro-homine*, cuyas proyecciones abarcan todos los ámbitos en que estén en juego derechos fundamentales, por ejemplo en el ámbito del Derecho Administrativo. Buena demostración normativa de lo recién señalado es el art. 9.3 de la Constitución española, que garantiza “la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”. Asimismo, si bien la Constitución alemana no contempla el principio de irretroactividad en términos tan amplios como la española¹⁵, el Tribunal Constitucional alemán sí ha dicho que “la Constitución protege fundamentalmente la confianza en que se sigan reconociendo las consecuencias legales vinculadas a unos hechos ya concluidos”¹⁶.

¹⁵ El art. 103 de la Ley Fundamental de Bonn contempla el principio de irretroactividad en materia penal.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional alemán 30, 397, de 23 de marzo de 1971, en Schwabe, Jürgen (compilador). **Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán**, Honrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Medellín, 2003, 372.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al interpretar el art. 29 b) de la Convención Americana de Derechos Humanos, tuvo también la oportunidad para referirse a este principio. Al respecto la Corte ha señalado que los preceptos de dicha Convención no pueden interpretarse en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”. Más aún, “si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana...”¹⁷.

b) Principio de juridicidad. Se trata ni más ni menos que de “la sujeción integral a Derecho de los órganos del Estado tanto en su ser como en su obrar”¹⁸. Entre otras cosas ello significa que los órganos públicos no tienen más atribuciones y potestades que las que expresamente les hubiere conferido el Derecho¹⁹. Consecuencia de esto es que las normas atributivas de competencias y potestades públicas, deben interpretarse siempre en sentido estricto. En otros términos, no caben las interpretaciones extensivas o expansivas, pues las facultades de los poderes públicos deben ser expresas, o sea, deben constar “de modo formal, explícito, tasado, acotado, delimitado, de tal manera que se configure debidamente el poder jurídico de actuación que se atribuye a un órgano determinado, y que, precisamente, le va a permitir actuar en un sentido dado para obtener el fin de bien común para el cual existe y para lo cual se le atribuye o confiere dicho poder-deber/potestad”²⁰.

Desde luego no se trata de que estos principios no den cabida a los reconocidos expresamente en el Código Civil, sino que simplemente la aplicación de éstos debe sujetarse a aquéllos. En otros términos, en el ámbito de las relaciones de Derecho Público, los clásicos principios de hermenéutica están supeditados a aquellas dos reglas interpretativas básicas. De ahí que, en último término, serán éstas las que nos ayudarán a determinar el exacto sentido y alcance de las normas de Derecho Público, en especial del Constitucional, ello porque en este ámbito jurídico la hermenéutica tiene un marcado sesgo teleológico o finalista.

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, en Bidart Campos, Germán y Pizzolo, Calogero (Coordinadores). 2000. **Derechos humanos. Corte Interamericana**, Mendoza, Vol. I, 325 y ss.

¹⁸ Soto Kloss, Eduardo. 1996. **Derecho Administrativo. Bases Fundamentales**, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Vol. II, 24.

¹⁹ *Ibid.*, 27.

²⁰ *Ibid.*, 49.

II. EL JUEZ Y LOS EFECTOS DE LA CONSTITUCIÓN EN EL TIEMPO

Como se dijo antes, la Constitución es una norma de naturaleza político-jurídica. En consideración a esta última característica, que determina su inserción en un sistema de normas jurídicas de las que es su cúspide (aunque no del Derecho), es importante determinar los efectos que ella tiene en el tiempo. Como se comprenderá, ello vendrá determinado por una serie de factores, derivados tanto de aspectos formales como de fondo. Entre los primeros destaca precisamente su carácter de norma jurídica, en tanto que los segundos son consecuencia de los objetivos y fines de una Constitución. Ambos aspectos serán analizados a continuación.

A) Particularidades del principio “ley posterior deroga ley anterior” en el Derecho Constitucional. Las Disposiciones Transitorias Quinta y Séptima de la Constitución chilena

La Constitución es la cúspide de las normas jurídicas, y es el producto de ejercicio de la potestad constituyente originaria. Pero además, formalmente hablando la Constitución es una ley, muy especial, de jerarquía superior a las demás leyes, pero una ley al fin y al cabo. En tal sentido, Hamilton sostenía en *El Federalista* que “la interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales”, y que “una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces”²¹. Pero al ser una ley, en sus relaciones con las leyes anteriores a ella resulta aplicable el principio “ley posterior deroga ley anterior”, consecuencia de su supremacía normativa, que entre otras cosas significa que las demás normas (desde luego no sólo las leyes) deben ajustarse a la Constitución, y de no hacerlo son simplemente inconstitucionales. Si la inconstitucionalidad afecta a normas preconstitucionales, el efecto inmediato de esto es su derogación tácita.

1. Supervivencia de leyes formalmente inconstitucionales. La Disposición Transitoria Quinta. A pesar de lo señalado precedentemente, en el actual esquema constitucional chileno el ejercicio de la potestad legislativa presenta varias peculiaridades. Entre éstas destaca el hecho de que en la regulación de determinadas materias el quórum para legislar es especial. Es el caso de las leyes orgánicas constitucionales y de quórum calificado, que conforme al art. 63 de la Constitución, requieren para su aprobación, modificación o derogación de los cuatro séptimos y de la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio, respectivamente. Como se comprenderá, de aplicarse rigurosamente el principio en comento, resultaría que todas aquellas leyes preconstitucionales que regulasen materias propias de leyes orgánicas o de quórum estarían derogadas, por no ajustarse formalmente a la Constitución (en el quórum).

²¹ Hamilton, Madison y Jay, 332.

Precisamente para salvar esta dificultad la Disposición Transitoria 5ª dispuso que “se entenderá que las leyes actualmente en vigor sobre materias que conforme a esta Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o aprobadas con quórum calificado, cumplen estos requisitos y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales”.

2. Supervivencia de leyes tributarias inconstitucionales. La disposición transitoria Séptima. El art. 19 N° 20 de la Constitución, contiene una específica manifestación del principio de igualdad en materia tributaria, al asegurar a todas las personas “la igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas” (inc. 1°). Pero junto con ello el constituyente dispuso que “los tributos que se recauden, cualquiera que sea su naturaleza, ingresarán al patrimonio de la Nación y no podrán estar afectos a un destino determinado” (Inciso 3°). Con la entrada en vigencia de la Constitución, en principio ello debería haber significado automáticamente la derogación tácita de toda ley preconstitucional que hubiese dispuesto lo contrario. Sin embargo, el constituyente dispuso lo contrario mediante la Disposición Transitoria Séptima, que salva los eventuales problemas de constitucionalidad de normas anteriores a la Ley Fundamental al señalar que “sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso tercero del número 20 del artículo 19, mantendrán su vigencia las disposiciones legales que hayan establecido tributos de afectación a un destino determinado, mientras no sean expresamente derogadas”.

B) Breve referencia a los procedimientos para resolver los problemas derivados de los efectos de la Constitución en el tiempo

1. Facultades del juez de la instancia. La función del juez es decir el Derecho en el caso concreto, y de esta forma resolver conflictos o pleitos de relevancia jurídica. Por ello la resolución de juicios supone necesariamente que el juez aplique Derecho, y desde luego una norma jurídica preconstitucional contraria a la Constitución no es Derecho, porque ha sido tácitamente derogada por ésta. En otros términos, nada hay que impida que el juez de la instancia resuelva los problemas derivados de la pervivencia de una norma jurídica en el tiempo (ley o norma manifestación de potestad reglamentaria). Es decir, no existe obstáculo para que en los casos de que conocen los jueces se pronuncien respecto de los efectos temporales de la Constitución con relación a las normas jurídicas anteriores a ella. Ello ocurrirá fundamentalmente cuando el demandado oponga como excepción o defensa la alegación de derogación tácita de la norma preconstitucional. No obstante, a mi entender el juez también deberá resolver de oficio todo problema relativo a la pervivencia de las normas preconstitucionales con relación a la Constitución, pues, el juez no puede resolver un juicio aplicando “no Derecho”.

Durante la década de los ochenta del siglo recién pasado, y a propósito de la supervivencia de la ley en el tiempo, la Corte Suprema llegó a entender que era ésta la única vía destinada a analizar la compatibilidad de normas legales preconstitucionales con la Constitución. Como señala la profesora Jessica Fuentes, durante aquellos años se entendió que “decidir si una disposición legal que regía con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1980 y que pueda contraponerse a ella no es materia de un recurso de inaplicabilidad, sino una cuestión de supervivencia de la ley, lo que le corresponde resolver a los jueces de la instancia...”²². Pero más tarde la Corte cambió de parecer, según se verá a continuación.

2. Vía inaplicabilidad. Como ya se dijo, la primera vía destinada a resolver los problemas derivados de la convivencia de normas jurídicas preconstitucionales con la Ley Fundamental, está entregada a los jueces de la instancia. No obstante, debe recordarse que el art. 80 de la Constitución consagra el denominado “recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”, mecanismo destinado a impugnar las normas legales contrarias a la Constitución. Durante los años ochenta del siglo que pasó la Corte Suprema entendía que este recurso no procedía para la resolución de esta clase de conflictos. A modo de ejemplo pueden citarse los siguientes casos: Guerra Bastías (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 82, 1985, N° 3, 2ª parte, sección 5ª, 278 y ss.); Cortés Heyermann (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 83, 1986, N° 1, 2ª parte, sección 5ª, 7 y ss.), y en Benítez Quezada (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 85, 1988, N° 3, 2ª parte, sección 5ª, 262 y ss.).

Sin embargo, a contar de la década siguiente la jurisprudencia del tribunal supremo comenzó a aceptar la procedencia de la inaplicabilidad respecto de normas preconstitucionales²³, lo que parece sensato y acorde tanto al texto como al espíritu del precepto constitucional que consagra este recurso. Así, a partir de la sentencia recaída en el recurso de inaplicabilidad Campos Canales, en 1990, la Corte Suprema sostuvo que “si los jueces de la instancia pueden decidir que la ley general, que es la Constitución, ha derogado una ley especial común, también puede esta Corte Suprema declarar la inconstitucionalidad de esta última conforme al artículo 80 de la Carta Política, que no hace diferencia entre leyes anteriores o posteriores a ella. La tesis de la derogación, que pretende eliminar las facultades de este Tribunal cuando la ley de cuya inaplicabilidad se trata es anterior a la Constitución, no resuelve el caso de la creación, por ésta, de un sistema incompatible con la aplicación de la norma común, y sí lo puede resolver en cambio esta Corte Suprema, que tiene como Tribunal Único el control de la constitucionalidad de la ley en la forma dispuesta por el artículo 80 de la Carta Fundamental” (Campos Canales, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 87, 1990, N° 2, Sección 5ª, considerando 3).

²² Fuentes Olmos, Jessica. 1998. **El derecho de propiedad en la Constitución y la jurisprudencia. Recursos de protección e inaplicabilidad 1981-1996**, Santiago, Conosur, 27.

²³ *ibid.*, 29.

Lo mismo fue resuelto más tarde en los recursos de inaplicabilidad Rute Cubate (*Revista de Derecho y Jurisprudencia* Tomo 88, 1991, N° 2, 2ª parte, sección 5ª, 158 y ss.), y Compañía de Teléfonos de Chile (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 89 1992, N° 1, 2ª parte, Sección 5ª, 1 y ss.), y más recientemente en *Le Moal Müller*, (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 96, 1999, N° 2, 2ª parte, sección 5ª, 113 y ss.). Si bien esta fue el criterio que imperó durante la década de los 90 del siglo pasado, en el recurso de inaplicabilidad Duhart Arraigada la propia Corte sostuvo la tesis inversa, y señaló que los problemas derivados de la eventual inconstitucionalidad de preceptos preconstitucionales no son susceptibles de ser analizados vía recurso de inaplicabilidad (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 89, 1992, 2ª parte, Sección 5ª, 15 y ss.). Pero el análisis de la jurisprudencia de la época demuestra que este criterio fue más bien excepcional.

Esta doctrina mayoritaria es acorde a aquél principio de hermenéutica constitucional, que señala que en materia de derechos y libertades debe estarse siempre con la interpretación más favorable a éstos. Y a este respecto no cabe duda que la posibilidad de optar entre alegar la inconstitucionalidad de la norma ante el juez de la instancia o vía inaplicabilidad, es más acorde a lo recién mencionado. Pero lamentablemente este cambio favorable en la jurisprudencia, ha sido seguido de otras lamentables manifestaciones de formalismo, que han conducido a la Corte Suprema a declarar inadmisibles recursos de inaplicabilidad por no señalar con precisión los preceptos legales impugnados, o no indicar exactamente la forma en que se produce la inconstitucionalidad, o por no existir directa relación entre la norma impugnada y el juicio en que se produce la impugnación²⁴.

3. Vía recurso de protección. Si un derecho fundamental está siendo afectado por una norma jurídica preconstitucional en alguna de las formas descritas por el art. 20 de la Constitución, está también abierta sin duda la vía del recurso de protección, a objeto de obtener la restauración del imperio del Derecho a través de este remedio jurisdiccional. A través de este medio podría incluso impugnarse una norma legal inconstitucional, aunque de manera indirecta, puesto que el recurso se interpondrá en contra de la norma reglamentaria de aplicación o ejecución de aquélla, pues las leyes no se aplican por sí mismas²⁵.

²⁴ Al respecto ver Fuentes, 29 y ss.

²⁵ En todo caso, y como señala el profesor Soto Kloss, la verdad es que nada impide que el recurso de protección se interponga directamente en contra de leyes, puesto que la norma del art. 20 de la Constitución no distingue respecto de los actos en contra de los cuales puede recurrirse de protección. En Soto Kloss, Eduardo. **El recurso de protección**, 1982. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 319 y ss.

C) Efectos de los derechos fundamentales en el tiempo

1. Constitución y ley penal. En el ámbito de los principios que componen el derecho al debido procedimiento jurídico, juegan un rol preponderante todos los relacionados con el Derecho Penal. Como se sabe, nuestra Constitución consagra el derecho al debido procedimiento jurídico, y en tal sentido contempla y garantiza una serie de principios que lo conforman en el art. 19 N° 3 y N° 7. Y es precisamente en el primero de éstos en donde se contienen algunas reglas básicas en materia penal, entre las que se cuentan algunas estrechamente relacionadas con los efectos de las leyes penales en el tiempo. Así, junto con disponer que “nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta” (el destacado es mío; inciso 4°), agrega que “ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado” (el destacado es mío; inciso 7°)²⁶.

2. Meras expectativas y derechos adquiridos. El artículo 19 N° 24 y N° 26 como límites a los efectos de la ley en el tiempo

a) El art. 19 N° 24. Como es sabido, el art. 19 N° 24 reconoce el derecho de propiedad sobre todas las clases de bienes “corporales o incorporeales”, lo que entre otras cosas supone una alteración de la concepción clásica del derecho de dominio, que sólo lo reconoce como una facultad predicable respecto de cosas corporales. Así las cosas, desde el punto de vista constitucional el derecho de propiedad puede ejercerse tanto respecto de éstas, como respecto de los derechos personales o créditos.

Pero como dijo la Corte Suprema en sentencia de 26 de enero de 1983, “no toda la gama de derechos son cosas incorporeales susceptibles de propiedad; únicamente lo son los derechos reales y personales (artículo 567 del Código Civil)...; de suerte que los que no componen el patrimonio por carecer de significación económica, los que no son susceptibles en dinero aunque causen secuelas pecuniarias, no son cosas incorporeales comprendidas en el derecho de propiedad, y evidencia de ello es que el artículo 19 de la Constitución hubo de asegurar, independientemente del derecho de propiedad sobre bienes incorporeales, diversos otros derechos, como es el derecho a la vida, a la educación, el de reunión, el de asociación, etc., que de haber sido estimados como cosas incorporeales integrantes del derecho

²⁶ Ello sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 5°, que constituye una regla del debido procedimiento jurídico aplicable a todo ámbito, y que señala que “toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado” (primera parte). Si bien estos principios, y en particular el de irretroactividad, tienen su principal campo de aplicación en el Derecho Penal, su vigencia va más allá. Es por ello que la Constitución española en su art. 9.3 garantiza “la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables”.

de propiedad, habría resultado superfluo darles garantías por separado” (considerando 3, *Gaceta Jurídica* 34, 1982, 37 y ss.).

Sin embargo existen fallos en que nuestros tribunales han dado una interpretación mucho más extensiva al concepto “bien incorporal”, en los que se ha dado tutela jurisdiccional a hechos y situaciones que difícilmente pueden ser consideradas derechos personales o créditos. Así por ejemplo, en *Isla Andrade con Subsecretario de Economía* (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 87, 1990, N°1, 2ª parte, Sección 5ª, 1 y ss.), se reconoció el derecho de propiedad sobre un cargo en una asociación gremial. A su vez en *Navarrete González con Scuola Italiana* (*Fallos del Mes* 402, 1992, 197 y ss.), se declaró un derecho de propiedad sobre el derecho a velar por la educación del hijo y obtener que avance en sus estudios. Por su parte en *Sindicato de taxis colectivos N° 17 Pueblo Nuevo de Temuco con Seremi de Transportes de la IX Región* (*Fallos del Mes* 408, 1992, 805 y ss.), los tribunales reconocen el derecho de propiedad sobre el “recorrido” de la línea de taxis recurrente. En *Cacciuttolo Peralta con Servicio de Salud Metropolitano Oriente* (*Fallos del Mes* 433, 1994, 965 y ss.), se reconoció el derecho de propiedad sobre el “prestigio profesional”, y en *Sotelo Paiva con Directora del Colegio Corazón de María* (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 92, 1995, N°1, 2ª parte, Sección 5ª, 41 y ss.), se reconoce el derecho de propiedad sobre la calidad de estudiante²⁷.

Pero junto a lo anterior, debe tenerse presente también que, como lo ha sostenido de manera reiterada nuestra jurisprudencia, el derecho de propiedad tampoco ampara las meras expectativas. Así ha sido reconocido por ejemplo en *Aldea Vallejos con Casino Municipal de Arica* (*Gaceta Jurídica* 51, 1984, 42 y ss.); en *Soffia Contreras con Banco de Santiago* (*Gaceta Jurídica* 110, 1989, 51 y ss.); en *Chamorro Leiva con Colegio Inglés Católico La Serena S.A.* (*Gaceta Jurídica* 11, 1990, 7 y ss.); en *Rubilar y otros con Colegio Darío Salas* (*Fallos del Mes* 433, 1994, 957 y ss.), y en *Fernández Leal y otros* (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 92, N° 3, 2ª parte, sección 5ª, 187 y ss.).

No obstante, como el estatuto constitucional de la propiedad no sólo abarca a las cosas corporales sino que también a los derechos personales o créditos, la jurisprudencia y la doctrina están contestes en que ello significa, entre otras cosas, que ni el Estado ni ninguna persona pueden privar de éstos a alguien cuando hubieren sido legítimamente adquiridos²⁸. Esto no sólo es consecuencia directa de lo establecido en el art. 19 N° 24 de la Constitución, sino que también del principio de

²⁷ Ver también Fuentes, 95 y ss., 105 y ss. También Guzmán Brito, Alejandro. 1995. **Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo**, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 240 y ss.

²⁸ El profesor Soto Kloss señala al respecto que la jurisprudencia nacional ha reconocido de manera reiterada a partir de 1974 que en Derecho público hay derechos adquiridos, y que ello ha traído como consecuencia tanto la declaración de inaplicabilidad de preceptos legales que los desconocen, la anulación de actos administrativos que pasan por sobre ellos, e incluso dejando sin efecto resoluciones judiciales que tenían igual defecto. En Soto Kloss, **Derecho Administrativo**, vol. 2, 213.

buena fe, cuestión esta última que se manifiesta con especial énfasis cuando ha operado una Nulidad de Derecho Público. Ello porque dicha consecuencia de la infracción a la Constitución por actos emanados de los poderes públicos deja a salvo los derechos adquiridos en virtud de esas actuaciones por terceros de buena fe. Esta es la posición de la jurisprudencia mayoritaria de nuestros tribunales, como queda claramente reflejado en Mitsui chilena comercial Ltda. con Director Regional de Aduanas V Región (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 78, 2ª parte, Sección 5ª, 83 y ss.); en Becerra Cuadra con Director Regional de Aduanas V Región (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 79, 2ª parte, Sección 5ª, 95 y ss.); y en Transcontainers con Director Regional del Servicio de Impuestos Internos XII Región (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 82, 2ª parte, Sección 5ª, 216 y ss.)²⁹.

Así las cosas, si bien la actuación de los órganos públicos está sujeta como es obvio al respeto de los derechos y libertades constitucionales, que es un tipo de consecuencia de la Constitución en el tiempo, debe tenerse en especial consideración la imposibilidad de afectar los derechos legítimamente adquiridos, amparados tanto por el derecho de propiedad como por el principio de buena fe.

Es por eso que en el recurso de inaplicabilidad Empresa Nacional de Electricidad S.A. (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 89, 1992, N° 3, 2ª parte, sección 5ª, 254 y ss.), la Corte Suprema sostuvo que la ley no puede entrar “a regular un contrato afinado con antelación, que crea derechos y obligaciones sobre los que se tiene dominio pleno y de los cuales no puede ser privado el contratante sin que ello quebrante el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República. De aceptarse la constitucionalidad de este precepto, por lo mismo, se estaría sancionando la extinción de un derecho nacido al amparo de la ley vigente al momento de perfeccionarse la convención y que, como es natural, está amparado por la garantía constitucional mencionada” (considerando 14).

Por la misma razón en Pesquera Iquique-Guanaye S.A. con Director Regional del Trabajo de Tarapacá (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 91, 1994, N° 2, 2ª parte, sección 5ª, 95 y ss.) la Corte Suprema ha aclarado que “las facultades que el artículo 107 de la Ley No 19.069, reconoce a la Inspección del Trabajo, para pronunciarse sobre los reclamos que se presenten durante el proceso de negociación colectiva, dicen relación con la etapa de creación de una nueva norma colectiva laboral, pero en ningún caso las resoluciones de la autoridad administrativa pueden afectar a los pactos vigentes y suscritos con antelación por las partes”. Ello porque “los convenios y contratos colectivos que se celebren entre los trabajadores y los empleadores de conformidad a las disposiciones de la precitada Ley N° 19.069 constituyen ley para las partes de acuerdo a lo previsto en el artículo 1545 del Código Civil y no pueden, por lo mismo, ser invalidados sino por mutuo consentimiento o por causas legales declaradas por el órgano jurisdiccional competente” (considerando 1).

²⁹ Así lo ha entendido también la doctrina. Al respecto ver Soto Kloss, vol. 2, 194 y ss.

En un sentido similar, y a propósito de las facultades del Instituto de Normalización Previsional para recalcular los bonos de reconocimiento, en Santibáñez Riquelme con Instituto de Normalización Previsional (*Gaceta Jurídica* 167, 52 y ss.), la Excma. Corte Suprema ha señalado “que la letra de la ley contenida en el artículo 1° de la mencionada 18.646, transcrita en el fundamento quinto de este fallo indica en forma categórica el plazo que existía para proceder al recálculo de los bonos de reconocimiento, el que venció el 29 de agosto de 1987, sin que pueda permitirse el recálculo en una fecha posterior, como se ha realizado en la especie por no autorizarlo así el citado texto legal”. Por tal razón “la actuación reclamada en autos del Instituto de Normalización Previsional de recalcular el bono de reconocimiento importa un atentado contra la garantía constitucional del artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental, y por consiguiente aquel recálculo ha sido realizado en forma ilegal, lo que es suficiente para acoger esta protección sin que sea necesario por ello pronunciarse sobre la posible infracción de las otras garantías que el recurrente estima vulneradas” (considerandos 7 y 8).

En parecidos términos se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, al resolver la cuestión de constitucionalidad que se suscitó durante la tramitación del proyecto de ley que derogaba el inciso cuarto del artículo 10 de la Ley N° 18.401, sobre capitalización de dividendos en los Bancos con obligación subordinada. En su sentencia rol N° 207 señaló que “desde el momento en que los inversionistas en acciones preferidas de la banca endeudada con el Banco Central celebraron sus contratos de adquisición de acciones, aceptando por consiguiente los estatutos respectivos, adquirieron simultáneamente el derecho a que los dividendos de esas acciones podrían llegar a ser capitalizados y transformarse en nuevas acciones con un ciento por ciento de participación proporcional en los excedentes. De esta manera, ellos actuaron con la certidumbre conferida por la ley y el contrato suscrito de la aplicación de un régimen de normalidad de participación en las inversiones futuras así generadas. Este derecho a emitir su voto en la Junta de Accionistas para dar origen a esa capitalización y efectivamente así aprobarla, se incorporó desde su mismo inicio, a su derecho de dominio sobre los bienes que así estaba adquiriendo, llevando asimismo implícito desde ese propio momento el que esas nuevas inversiones tendrían el régimen de participación normal referido” (considerando 51).

Por ello en opinión del Tribunal Constitucional “los derechos de los dueños de las acciones que gozan de preferencia para acordar que no se les reparta dividendos y que las sumas que les hubieren correspondido por tal concepto se capitalicen por el solo ministerio de la ley y se emitan acciones preferidas que tengan derecho al total del dividendo, en la proporción resultante entre el aumento del capital pagado y el total del capital pagado y reservas de la empresa al término del ejercicio, descontadas las pérdidas acumuladas, como lo establece el inciso cuarto del artículo 10°, de la Ley N° 18.401, constituyen un bien incorporal cuya propiedad se encuentra asegurada por la Constitución” (considerando 54).

Sin perjuicio de todo lo anterior, debe considerarse también que el derecho de propiedad no sólo ampara aquellos derechos adquiridos como consecuencia de

actuaciones jurídicas derivadas o realizadas al amparo de normas válidas, sino que también de aquéllas que tienen problemas de validez, por no ajustarse a la Constitución (leyes y normas reglamentarias) o a las leyes (normas reglamentarias). Esto último porque el Derecho ampara a quien ha actuado de buena fe. Como señala el profesor Soto Kloss, “quienes de buena fe ha adquirido derechos en razón de actos administrativos viciados se encuentran protegidos y amparados por el derecho de propiedad que les reconoce el art. 19 N° 24 de la Constitución Política de la República y que les asegura su art. 20 inciso 1^o”³⁰.

b) El art. 19 N° 26 de la Constitución. Sin perjuicio de lo dicho hasta aquí, no debe perderse de vista que conforme al art. 19 N° 26 de la Constitución, mediante la regulación legislativa de los derechos fundamentales no se puede afectar la esencia de éstos. Se trata de la denominada “garantía del contenido esencial de los derechos”, que se traduce en que a través de la ley no pueden afectarse aquéllos rasgos o características que hacen identificable a un derecho como tal³¹. Como se comprenderá, esta garantía se extiende obviamente a los actos administrativos, que menos aún pueden afectar la esencia de los derechos. Y si bien ella resulta aplicable a todos los derechos y libertades que conforme a la Constitución pueden ser regulados, complementados o limitados, no debe perderse de vista que ésta se ve reforzada en el caso del derecho de propiedad.

Ello porque el art. 19 N° 24 contempla expresamente la interdicción de toda privación del derecho de propiedad, “del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio”, sino en virtud de una ley que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o interés nacional, y del pago de la correspondiente indemnización (inciso 3; el destacado es mío). Así las cosas, la afectación de las cualidades esenciales del dominio tanto respecto de cosas corporales como de derechos personales o créditos no sólo debe efectuarse por ley y en virtud de una causa de utilidad pública o de interés nacional, sino que además debe indemnizarse al afectado por la medida. De no cumplirse con dichos requisitos la actuación es nula de Nulidad de Derecho Público, y por tanto debe entenderse que nunca nació a la vida del Derecho.

³⁰ Soto Kloss, Vol. 2, 208-209.

³¹ En su sentencia rol N° 43, el Tribunal Constitucional señaló “que mucho podría decirse sobre la “esencia” de un derecho, desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho. Sin embargo, no es esa nuestra misión. La esencia del derecho debemos conceptualizarla, desde el punto de vista del ordenamiento positivo y dentro de este ámbito precisar el alcance de la norma constitucional en los términos más sencillos, para que sea entendido por todos y no sólo por los estudiosos de la ciencia jurídica. Desde esta perspectiva, debemos entender que un derecho es afectado en su “esencia” cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se “impide el libre ejercicio” en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica” (considerando 21). Este concepto es similar al utilizado por el Tribunal Constitucional español en su sentencia 11/1981, fundamento jurídico 8.

En su sentencia rol N° 184, de 7 de marzo de 1994, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de algunos preceptos del proyecto de ley que modificaba las leyes de Mercado de Valores, Administración de Fondos Mutuos, de Fondos de Inversión, de Fondos de Pensiones, y de Compañías de Seguros, por afectar precisamente la garantía del contenido esencial de los derechos. El art. 4 N° 17 del proyecto agregaba al artículo 94 del Decreto Ley N° 3.500, de 1980, un nuevo N° 12, el que disponía que correspondía a la Superintendencia de Administradora de Fondos de Pensiones: “Nombrar, mediante resolución fundada, que deberá contar con el acuerdo previo del Banco Central de Chile, administrador delegado de las Administradoras, el que tendrá todas las facultades del giro ordinario que la ley y los estatutos señalan al directorio y al gerente, en lo que a la gestión del Fondo correspondan, cuando aquéllas hubieren incurrido en infracción grave de ley, y que cause o pudiera causar perjuicio al Fondo que administra. Dicho nombramiento procederá también respecto de la Administradora que redujere de hecho su patrimonio a una cantidad inferior al mínimo exigido en el artículo 24, y comprenderá en este caso la totalidad de su giro ordinario.

La resolución antes indicada será reclamable ante la Corte de Apelaciones respectiva, sujetándose su tramitación al procedimiento establecido en el número 8 del presente artículo.

El nombramiento del administrador delegado no podrá tener una duración superior a tres meses, no obstante lo cual, podrá renovarse por un período de igual duración si el Superintendente lo estima necesario”.

A juicio del Tribunal Constitucional dicha modificación vulneraba el art. 19 N° 24 con relación al N° 26 de la Constitución. La primera infracción se producía debido a que el proyecto de ley privaba “de la facultad de administración a la Administradora afectada, facultad que es inherente al derecho de propiedad. En efecto, la constitución asegura a todas las personas ‘El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporeales’ (inciso primero) y dispone que ‘Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio,’ sino en virtud de expropiación autorizada por la ley, y por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador, mediando siempre la correspondiente indemnización determinada en la forma que la Constitución señala, y pudiendo siempre reclamar el afectado de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios (inciso tercero).

De ello resulta que la privación de un bien de propiedad de una persona, de alguna de los atributos o alguna de las facultades esenciales del dominio, sólo puede realizarse del modo, en la forma y cumpliendo los requisitos que la propia Constitución establece.

En la especie no se cumple con ninguna de las exigencias impuestas por la Carta Fundamental para tal situación, por lo cual el precepto analizado es inconstitucional, ya que dispone la privación total, -por mera disposición administrativa, aun si por tres meses, prorrogables por otros tres meses- de una facultad esencial del dominio como es la de administración del ente societario por sus propios dueños o por quien éstos determinen libremente conforme a su propio estatuto social” (considerando 7).

A su vez, la infracción al artículo 19 N° 26 provenía del hecho de que “al pretender regular el ejercicio de una de las facultades esenciales del derecho de propiedad afecta a éste ‘en su esencia’, al impedir de modo total su ejercicio en cuanto se refiere a la facultad de administración del ente societario por sus propios dueños o por quienes ellos determinen libremente en conformidad con su propio estatuto social. Tal afectación del derecho de propiedad en su contenido esencial viola de modo notorio la Constitución, que ha dispuesto esta salvaguarda como base fundamental del respeto de los derechos de las personas especialmente frente al legislador” (considerando 7).

BIBLIOGRAFÍA

- Bidart Campos, Germán y Pizzolo, Calogero (Coordinadores). 2000. **Derechos humanos. Corte Interamericana**, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2 vols.
- D’Ors, Alvaro. 1989. **Derecho privado romano**, Pamplona, Eunsa, 7ª edición.
- . 1995. **Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo**. Madrid, Civitas.
- Fuentes Olmos, Jessica. 1998. **El derecho de propiedad en la Constitución y la jurisprudencia. Recursos de protección e inaplicabilidad 1981-1996**, Santiago, Conosur.
- Guzmán Brito, Alejandro. 1995. **Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo**, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- Hamilton, Madison y Jay. 1943. **El Federalista**, México, Fondo de Cultura Económica, (traducción de la edición en inglés **The federalist; a commentary on the constitution of the U.S.**, New York, Modern Library, 1941).
- Kriele, Martin. 1980. **Introducción a la teoría del Estado**, Buenos Aires, Depalma.
- Martínez Estay, José Ignacio. 1997. **Jurisprudencia constitucional española sobre derechos sociales**, Barcelona Cedecs.
- Pérez Royo, Javier. 1994. **Curso de Derecho Constitucional**. Madrid, Marcial Pons, 1ª ed.

Schneider, Hans Meter. 1991. "Democracia y Constitución. Orígenes de la Ley Fundamental", en **Democracia y Constitución**, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Schwabe, Jürgen (compilador). 2003. **Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán**, Honrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Medellín.

Soto Kloss, Eduardo. 1982. **El recurso de protección**, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

_____. 1996. **Derecho Administrativo. Bases Fundamentales**, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Vol. II.

Stern, Klaus: "El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 1 (1988), 261-277.