



## **SUBCOMISIÓN DE PRINCIPIOS, DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS**

**Sesión 3ª, 14 de marzo de 2023**

**De 15:00 a 17:58 horas.**

### **SUMARIO:**

**Se escucharon las exposiciones de académicos de facultades de derecho del país acerca de la forma en que debieran considerarse los Principios en la nueva propuesta constitucional, su importancia y contenido. Luego los comisionados y comisionadas efectuaron preguntas sobre la materia.**

### **PRESIDENCIA**

Presidió el comisionado señor Máximo Pavez Cantillano.

### **ASISTENCIA**

Asistieron presencialmente las y los comisionados señores Máximo Pavez Cantillano y Carlos Frontaura Rivera, y señoras Magaly Fuenzalida Colombo, Catalina Lagos Tschorne, Marcela Peredo Rojas y Verónica Undurraga Valdés. Asimismo, asistieron presencialmente los siguientes académicos:

- 1) Don Javier Couso Salas, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.
- 2) Don Arturo Fermandois Vöheringer, profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
- 3) Doña Miriam Henríquez Viñas, Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado.
- 4) Don José Ignacio Martínez Estay, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes.

Actuaron como Secretaría de la Subcomisión, la abogada secretaria María Soledad Fredes y la abogada asistente Niscia Rubio.

### **CUENTA**

1.- Se recibió el Oficio N°265/2023 de la señora Patricia Muñoz García, Defensora de la Niñez, en el cual solicita a los Presidentes de las Subcomisiones de Principios, Derechos Civiles y Políticos; Función Jurisdiccional y Órganos Autónomos, y de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, presentar en audiencia presencial ante las mencionadas Subcomisiones, las recomendaciones realizadas por la institución en el marco de la discusión constitucional en curso. Asimismo, expresa que la Defensoría de la Niñez se pone a disposición para generar un trabajo de asesoría y acompañamiento con tales Subcomisiones, que permita remitir insumos e informes técnicos, en cumplimiento del mandato legal contemplado en la ley N°21.067 y de los estándares internacionales de derechos humanos sobre la materia.

2.- Se recibió el Oficio N°17/2023 de la Presidenta de la Comisión Experta, señora Verónica Undurraga, mediante el cual da respuesta al Oficio N°2/2023, de la Subcomisión de Principios, Derechos Civiles y Políticos, y comunica que de acuerdo al artículo 6° del Reglamento de Funcionamiento de los Órganos del Proceso Constitucional, la obligación de asistir presencialmente solo rige para los integrantes de las Subcomisiones, no extendiéndose a los invitados, por lo que si así lo dispone esta Subcomisión, estos podrán asistir telemáticamente.

### **ACUERDOS**

No hubo.

\*\*\*\*\*

Por haberse cumplido con el objeto de la presente sesión, ésta se levanta a las 17:58 horas.



**María Soledad Fredes Ruiz**  
Secretaria de la Subcomisión

**PROCESO CONSTITUCIONAL**  
**COMISIÓN EXPERTA**  
**SUBCOMISIÓN DE PRINCIPIOS, DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS**

**SESIÓN 3ª**

Celebrada en Santiago, el martes 14 de marzo de 2023, de  
15:00 a 17:58 horas.

**I. APERTURA DE LA SESIÓN**

*-Se abrió la sesión a las 15:00 horas.*

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- En nombre de Dios y de la Patria, se abre la sesión.

**II. ACTAS**

*-No hay actas.*

**III. CUENTA**

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- La señora Secretaria dará lectura a la cuenta.

*-La señora María Soledad Fredes, Secretaria, da lectura a la cuenta.*

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Señora Secretaria, sobre la cuenta, entiendo que tenemos plazo hasta mañana para definir la agenda de invitados.

Desde luego, una vez analicemos la nómina de instituciones propuestas, con mucho gusto despacharemos un oficio de respuesta a la señora Defensora de la Niñez.

Ofrezco la palabra en puntos varios.

Tiene la palabra la comisionada Catalina Lagos.

La señora **CATALINA LAGOS**.- Señor Presidente, por su intermedio, saludo a los invitados que nos acompañan el día de hoy, a los señores comisionados y a las señoras comisionadas.

A propósito de las invitaciones remitidas a académicos para que expongan ante esta subcomisión, específicamente en lo que concierne al inconveniente que tuvo uno de nuestros invitados, solicito que se evalúe la posibilidad de reemplazar ese nombre por otro y que la Secretaría nos exprese hasta cuándo podríamos proponerlo.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Si sus señorías así lo estiman, no habría ningún problema con proponer reemplazos.

Con mucho gusto acogemos su solicitud, comisionada Lagos.

Por favor, comuníquese por interno con la Secretaría para coordinar los detalles.

#### IV. ORDEN DEL DÍA

##### **PRESENTACIÓN DE ACADÉMICOS RESPECTO DE LA CONSIDERACIÓN DE PRINCIPIOS EN LA NUEVA PROPUESTA DE NORMATIVA CONSTITUCIONAL**

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Esta sesión tiene por propósito recibir en audiencia a cuatro destacados académicos de las facultades de Derecho de nuestro país.

Cabe señalar que esta subcomisión acordó -así está referido en el acta- que cada uno de los comisionados pueda proponer dos invitados que, por supuesto, serán agendados conforme vayan transcurriendo las sesiones.

Esta es la primera audiencia de la Subcomisión de Principios, Derechos Civiles y Políticos, así que estamos muy contentos de que ustedes puedan ser parte de esta primera sesión ya más de contenido.

Dicho esto, agradezco la asistencia de la señora Miriam Henríquez Viñas, decana de la facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, y de los señores Javier Couso Salas, profesor de la facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales; Arturo Fernandois Vöhringer, profesor de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, y José Ignacio Martínez Estay, decano de la facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.

La idea es poder escucharlos a todos. Entiendo que el profesor Javier Couso tiene un compromiso que atender, por lo que iniciaremos las intervenciones sin más dilación, porque tenemos el tiempo justo.

Tenemos tiempo hasta las 18:00 horas, de modo que se otorgarán hasta quince o no más allá de veinte minutos, a efectos de dejar un espacio para hacerles preguntas e intercambiar ideas.

Hago presente, además, que el objetivo de invitarlos es que nos puedan ilustrar en torno al tema de principios.

Para ser más específico, dado que no tenemos una materia orgánica, la idea -así lo discutimos en la última sesión- es aludir a qué debiera contener el capítulo de Principios; cuál es su importancia y por qué es relevante.

Por supuesto, esta es una exposición que seguramente será diversa y completamente libre, pero la idea es poder dar insumos al trabajo de redacción de la subcomisión.

Tiene la palabra el profesor Javier Couso Salas.

El señor **JAVIER COUSO SALAS** (expositor).- Muchas gracias, señor Presidente. Agradezco la invitación.

Es un gusto estar acá, y, además, con estimados y queridos colegas con los cuales hemos podido interactuar.

En mi presentación pretendo abordar por qué los principios constitucionales son, crecientemente, parte integrante de las Cartas Fundamentales de las democracias, y señalar algunas características respecto de esto que, a mi juicio, inciden en el trabajo que ustedes van a desarrollar.

Entrando en materia, los principios constitucionales son parte integrante del constitucionalismo contemporáneo. Es raro encontrar una democracia constitucional donde no se invoquen, ya sea por el Poder Legislativo, la judicatura, los tribunales constitucionales, por la doctrina, por abogados litigantes y por la sociedad civil.

Cuando los principios no se encuentran plasmados en un texto constitucional, suelen ser incorporados, a veces por la doctrina, otras por la jurisprudencia, ya sea invocando principios implícitos o tomándose de alguna expresión aislada -algún precepto constitucional aislado- que adquiere nueva vida una vez que es revestido de esta idea de principios.

Crecientemente, también, estos son incorporados o invocados por el constitucionalismo doméstico, invocando el derecho internacional, en particular el derecho internacional de los derechos humanos.

Esto lleva a preguntarnos qué son los principios constitucionales, qué concepción de estos podemos adoptar y qué función suelen desempeñar en la práctica constitucional de las democracias.

Una concepción bastante sentada en la literatura es que son axiomas fundamentales de un ordenamiento constitucional. A veces -insisto-, explícita o implícitamente, dan coherencia al resto de las normas constitucionales.

Se supone, para esta mirada, que los principios constitucionales encarnan las opciones fundamentales de una comunidad política. Piénsese en el principio de dignidad del constitucionalismo alemán posguerra o en el principio de federalismo, en el caso de los Estados Unidos de América.

A veces algunos derechos fundamentales adquieren tal relevancia en la práctica constitucional de un país que son invocados como principios. Estoy pensando en el caso de la libertad de expresión en Estados Unidos de América, donde la doctrina norteamericana la ha llevado al nivel de principios. También habla un poco del rol crucial que juega en esa jurisdicción la libertad de expresión.

Otra característica -hemos dicho que encarnan nociones fundamentales de la comunidad política- es que suelen estar anclados en la tradición constitucional doméstica. Como explicaba al comienzo, más allá de que, con la fuerza que ha tomado el derecho internacional en los derechos constitucionales domésticos, se suelen adaptar o incorporar nuevos principios, existe lo que los politólogos llaman *path*

*dependence*; o sea, el camino recorrido va marcando la dificultad -para algunos- de deshacerse de principios.

Por un lado, los principios constitucionales hacen parte de la identidad constitucional de un país. El concepto de identidad constitucional es muy polémico, pero, de una manera no polémica, diría que hay principios que forman parte de esa identidad. El caso norteamericano y el federalismo es un ejemplo de aquello. Nada impediría -supongo- que un reajuste del diseño constitucional de Estados Unidos llevara a algo distinto, pero es inconcebible a la luz de los principios, o el principio de dignidad, en el caso alemán. Está muy anclado en la historia de ese país.

Por otra parte, dada la centralidad de los principios constitucionales para la práctica constitucional, se supone que debieran ser pocos. Y porque son pocos, debieran ostentar *de facto*, aunque no esté explicitado, una prioridad lexicográfica respecto de otras normas constitucionales, particularmente reglas orgánicas; aunque el federalismo que acabo de mencionar demuestra que estas cosas son todas muy tentativas.

Tomemos lo que acabo de plantear, como algunos trazos de lo que es un principio constitucional.

A continuación, en aras del tiempo, me referiré a las funciones que suelen jugar los principios constitucionales.

A la ya sugerida función de contribuir a moldear una suerte de identidad constitucional, hay que añadir las funciones simbólicas. Lo voy a plantear así: hay intereses muy sentidos por las comunidades al interior de una nación, de un Estado, o incluso intereses no relacionados con la identidad constitucional que adquieren un pedigrí político constitucional mucho mayor cuando son revestidos de la majestad de ser denominados principios constitucionales.

Así, por ejemplo, una técnica constitucional muy atendible, pero que finalmente es una técnica, la de no afectar los tributos a gastos determinados, parece adquirir una cierta majestad que no tenía, cuando se transforma en el principio de no afectación.

Insisto, lo que podría ser mirado como una opción de política pública atendible adquiere cierta majestad en estos casos. De hecho -esto es más importante aún-, los principios otorgan cierta pretensión de inmutabilidad, una inmutabilidad de la que ciertamente carecen las opciones de política pública.

En suma, uno puede cambiar de opciones de política pública, pero no puede andar cambiando de principios constitucionales casualmente.

Nótese que aquí hay una cierta correspondencia con algo que no tiene nada que ver con el ámbito jurídico constitucional y que está presente -hay ecos de esto- en la vida cotidiana de las personas. En el mundo Anglosajón se habla de una persona - *a principal person* -, que es una persona de sustancia, que tiene

convicciones profundas y que las trata de cumplir. Bueno, *mutatis mutandis*, en el ámbito constitucional, cuestiones que eran atendibles, opciones, intereses, etcétera, adquieren una majestad y una inmutabilidad cuando entran al exclusivo club de los principios constitucionales.

Quizás por su asociación con esta idea de la virtud individual a la que hacía mención, los principios constitucionales se asocian a otro término común en este tipo de capítulos, preámbulos o lo que fuere: el concepto de valores constitucionales. Es más, se suele hablar incluso de la pareja: principios y valores.

Al igual que en el caso anterior, hablar de valores es quizás un poco más controversial y ambiguo, y, a veces, así como ocurre con los principios, estos se suelen aplicar a derechos fundamentales. Por lo tanto, ahí hay una relación muy interesante entre derechos fundamentales y valores y principios constitucionales.

No son lo mismo, pero hay aire de familia, porque algunos derechos fundamentales alcanzan esta majestad de los principios constitucionales, como era el caso de la libertad de expresión en los Estados Unidos.

En términos de los valores, pienso en el principio de fraternidad o en el laicismo del constitucionalismo francés, que van mucho más allá que opciones circunstanciales; hacen parte de la identidad constitucional de Francia.

Más allá de la identidad constitucional o de transformar identidades o intereses en eventos que tienen cierta inmutabilidad, otra función central es que esa inmutabilidad se mantiene incluso respecto de la Reforma Constitucional. Es decir, uno podría imaginarse a Alemania abandonando la ley fundamental y adoptando una Constitución, pero sería inconcebible que esa nueva Constitución no incluyera el principio de dignidad o en el caso Estados Unidos el principio federalista.

Otra característica de los principios constitucionales es que juegan un rol hermenéutico fundamental. En efecto, un principio constitucional puede servir para darle coherencia a una serie de preceptos constitucionales aislados -típicamente reglas, que pueden estar dispuestas tanto en el aspecto orgánico como en el catálogo de derechos fundamentales- que, bajo el paraguas de un principio, se transforman en un todo más coherente; en un sistema. El denominado principio de subsidiaridad, en la Carta Fundamental del 80, es un ejemplo de aquello.

Se trata de normas dispersas del catálogo de derechos fundamentales, que dicen relación con aspectos de este principio implícito y que se transforman en parte de un conjunto más amplio y pretendidamente más coherente, cuando se conciben, en este caso, como la expresión de un principio constitucional.

Lo mismo ocurriría si se adopta, como las bases lo mandatan, el principio de un Estado social de derecho; probablemente, le dará coherencia a una serie de normas constitucionales aisladas que se vayan adoptando.

Desde el punto de vista hermenéutico, si los principios son elementos cruciales que ayudan a interpretar esas reglas aisladas, suelen ser esgrimidos como cartas de triunfo en un debate hermenéutico constitucional.

Sería inconcebible que una pueril regla constitucional prevalezca, en caso de contradicción, en contra de un principio constitucional que encarna valores tan trascendentes.

Esto explica la puja de grupos contrapuestos que pretenden lograr que su principio entre a este club; que "el principio", por el cual abogan, quede plasmado en el texto constitucional.

Así, aun cuando los principios constitucionales, a primera vista, parecen desempeñar un rol hermenéutico -y esto es lo irónico-, como seguramente expondrá el profesor Martínez, suelen ser indeterminados y ambiguos; sin embargo, cuando están anclados en una praxis constitucional, en una praxis interpretativa, pueden servir para cementar interpretaciones. Como vemos, hay una cierta tensión al respecto.

Un principio que acaba de ser adoptado por una nueva Constitución, probablemente, va a mantener niveles de indeterminación hasta que la praxis lo vaya decantando. No obstante, en esos casos va a servir que puedan cementar interpretaciones de artículos aislados, porque tienen, por así decirlo, una carga histórica hermenéutica. Ese es uno de los peligros de los principios, sobre todo de los que tienen una historia que da cuenta de que han sido aplicados por una cierta praxis.

Este debate tuvo mucha fuerza a fines de los años 50 y hasta los años 70 en los Estados Unidos; cuando Wechsler planteó la necesidad de establecer principios neutros, y de contar e interpretar los principios constitucionales de una manera neutra.

El debate es larguísimo, no tengo el tiempo para entrar en él, pero es sumamente interesante porque, a pesar de que los principios se suponen o tienen una implícita aspiración de ser autoevidentes, su grado de precisión puede estar dado por la praxis, pero en principio son de textura extremadamente abierta.

Voy a poner un ejemplo bastante obvio al respecto, pero ¿autoriza el principio de dignidad la eutanasia activa? ¿Es, de hecho, una de las buenas expresiones de la dignidad humana decidir ponerle término a una persona que está plenamente consciente o es radicalmente opuesto a la idea de dignidad humana? Mismo principio, decisiones totalmente contradictorias que pueden resultar de invocarlo.

Esto, insisto, suele ocurrir más cuando el principio es recientemente introducido que cuando tiene una cierta

raigambre, pero aun cuando sea antiguo, nuevas realidades, como, por ejemplo, la clonación, la eugenesia o ciertas tecnologías, pueden desafiar antiguos principios constitucionales respecto de su concretización, de qué prohíben, qué permiten, qué apoyan.

Consciente de que se me acaba el tiempo, para dejar espacio para preguntas y respuestas, y para concluir estas notas, que son necesariamente preliminares, diría que, así como la inflación, con la inflación de los derechos fundamentales, un proceso mundial, Ginsburg y Elkins han determinado que, en promedio, en los últimos 50 años las constituciones suelen tener más y no menos derechos fundamentales. Diría que algo parecido ocurre con los principios constitucionales. Es algo comprensible a la luz de lo que planteaba hace un rato.

Si los principios tienen la majestad que suelen tener, la inmutabilidad a la que aspiran, intereses valiosos de grupos particulares, van a querer ser planteados como principios. ¡Esos grupos van a moverse! Estoy pensando en algo que yo valoro mucho, pero que uno podría plantear dudas respecto de que esté en la Constitución. Estuvo en el proyecto que fue rechazado en septiembre pasado, cual es el principio de responsabilidad fiscal, un principio económico muy valioso ¿Debe ser un principio constitucional?

Hay países que de facto, y esto es algo muy interesante en los principios; los principios son porfiados, pueden no quedar plasmados en una Constitución y en la Constitución no escrita jugar un rol fundamental. Los principios, en algún sentido, escapan a la total codificación, no es que sea inútil la codificación -ya he dicho que hay una serie de roles que juegan, sobre todo en la hermenéutica-, pero hay principios, como el Estado de derecho para el constitucionalismo anglosajón, particularmente el estadounidense, en que el Estado de derecho es un principio constitucional. Y, por cierto, en muchos países no es necesario o nunca se ha sentido la necesidad de decir que el Estado de Derecho es un principio constitucional, o de declararlo así. Es tan ínsito al constitucionalismo en que una zona geográfica y cultural se plantea.

Entonces, tenemos una inflación que se explica, porque si un grupo quiere dar estabilidad a sus intereses o preferencias, muy sentidas, y, además, dotar la inmutabilidad, entronizarlo como un principio constitucional, le dará aquello.

Y termino con algo que he adelantado.

Codificar en una Constitución un principio constitucional los va a inmunizar, incluso, contra una reforma.

Se podrán enmendar capítulos, eliminar cláusulas constitucionales, pero no voy a enmendar fácilmente un principio constitucional o, al menos, la exigencia de justificación para aquello aumentará sensiblemente.

Muchas gracias por la invitación.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Muchas gracias, profesor Couso.

En honor al tiempo, la idea es poder ver si algún comisionado o comisionada tiene alguna pregunta directamente para nuestro profesor invitado. La idea es hacer preguntas breves para que el profesor pueda responder.

Se ofrece la palabra.

Comisionada Undurraga.

La señora **VERÓNICA UNDURRAGA**.- Por su intermedio, Señor Presidente, quiero agradecer la exposición del profesor Couso, quien hablaba con toda razón que los principios, de alguna manera, recogían valores permanentes de una sociedad.

También le quiero preguntar sobre el rol de un constitucionalismo en países como Sudáfrica, por ejemplo, en el que se establecieron principios que, quizá, no recogían precisamente la historia de ese país, sino que, al contrario, querían marcar, en el fondo, cuál sería su destino futuro.

¿Qué piensa sobre eso?

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Hacemos una ronda.

¿Alguien más tiene alguna otra pregunta?

Comisionado Frontaura, tiene usted la palabra.

El señor **CARLOS FRONTAURA**.- Muchas gracias, Presidente.

Por su intermedio, quiero agradecer al profesor Couso por su exposición.

Tengo dos preguntas breves que tienen relación más bien con su opinión.

La primera, tiene que ver con qué pasa en sociedades como las nuestras, sociedades plurales, en las cuales los principios que sostienen unos son diferentes, a veces, de los que sostienen otros.

¿Cómo a su juicio, en su experiencia o en su conocimiento debiera ser eso recogido en una carta constitucional como una especie de "empate" y dejar que la praxis funcione o que funcionen los órganos políticos o no recoger nada? Esa es una primera pregunta.

La segunda es, si en su opinión, en esta misma línea y atendiendo a esta realidad, ¿no parecería más razonable, quizá, tener muy pocos principios, precisamente para permitir que el proceso político y que el desarrollo de esa sociedad fuera, de alguna manera, moldeando un poco esto a partir de la praxis o, por el contrario, debiera recogerse? Están vinculadas las dos preguntas.

Muchas gracias.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- ¿Nadie más?

Comisionada Peredo, y después le damos la palabra a nuestro invitado.

La señora **MARCELA PEREDO**.- Primero que todo, por su intermedio, Presidente, agradecer al profesor Couso por la exposición.

Quiero hacer una pequeña consulta respecto de la neutralidad, que me parece que estaba detrás de la exposición de los principios. Si efectivamente él cree que, a propósito de lo mismo que él expone en razón de los intereses de los distintos grupos que conviven en una comunidad política, se deben reflejar en los principios. ¿Es posible que sea tan indeterminado o neutro?

Me quedó esa duda.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Muchas gracias.

Comisionada Lagos, tiene la palabra.

La señora **CATALINA LAGOS**.- Muchas gracias, Presidente.

Por su intermedio, agradecer la exposición del profesor Couso.

A propósito de que las bases que orientan este nuevo proceso constitucional establecen el Estado social y democrático de derecho, ¿ello puede tener un impacto en la reconfiguración de ciertos principios o en una nueva orientación?

Quisiera saber su opinión al respecto.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Muy bien.

Tiene la palabra profesor Couso.

El señor **JAVIER COUSO** (expositor).- Señor Presidente, gracias a todas las personas que han intervenido.

Partiendo por la pregunta de la comisionada Undurraga, efectivamente, en el caso sudafricano, como la tradición constitucional era racista que, sin embargo, tenía elementos de la tradición británica, o sea, convivían principios, como el *Rule of Law* muy fuertemente con el Apartheid, y efectivamente se plantearon... Yo diría que la Constitución sudafricana fue muy explícita -por decirlo así- en integrar principios que pudieran terminar con ese pasado; algo parecido a lo que pasó con la Ley Fundamental de Bonn.

Es incomprensible la fuerza que adquiere el principio de dignidad en Alemania, y ahí el rol fue de la jurisprudencia más que nada, no fue de los constituyentes. ¿Es incomprensible sin la experiencia del Holocausto!

Por lo tanto, es natural como lo ha planteado para la región latinoamericana Roberto Gargarella; él tiene una forma de entender el constitucionalismo latinoamericano como reactivo a lo inmediatamente anterior. Entonces, uno podría decir el hecho de que el artículo 19, número 24°, de la Constitución vigente sea -de acuerdo con Ginsburg y Elkins- el más extenso comparado con el número total de palabras del mundo, lo cual obviamente tiene relación con la crisis o el debilitamiento bajo la Unidad Popular del derecho de propiedad.

Entonces, ¿qué problema viene a resolver esta Constitución? Es lo que se planteaba Gargarella como una primera aproximación a la Constitución; la Constitución del 1925 que entronizó una fuerte presencia del Presidente de la República; esta Constitución que fue criticada por Kelsen por ser excesivamente autoritaria respondía qué problema venía a resolver: el abuso del poder del Congreso desde el año 1891 en adelante.

Desde ese punto de vista, en Chile no está claro cuál sería el problema que viene a resolver la Constitución de 2023, de ser exitosa, de llegar a puerto. Probablemente, hay temas de legitimidad, de origen o de exceso de una opción económica, para algunos de nosotros, y eso me lleva a la pregunta del comisionado Frontaura, en el sentido de que me parece que, en efecto, los principios constitucionales, más que pocos o muchos, deben ser compartidos.

Podría ocurrir que una sociedad, una Convención Constituyente, un Consejo Constitucional, apoyado por expertos, acordara que en realidad debe ampliarse el número de principios, pero también me lleva a la idea de la neutralidad, que planteaba la comisionada Peredo, en el sentido de que una democracia constitucional liberal no tiene nada de neutral. Eso lo ha planteado yo creo muy solventemente autores como Jeremy Waldron. No es neutral la opción por el liberalismo político.

Habrán debates al interior de esa comunidad sobre si hay liberalismo económico, además, o un socialismo liberal, como el que plantea Agustín Squella, hay distintas opciones económicas, pero no es neutral. ¡Es alérgico a una dictadura de partido único! Una democracia liberal opta por un sistema que precluye la posibilidad de adoptar un sistema -no hablemos de dictadura- de partido único.

El principio del federalismo no es neutral, pues impide la idea de un Estado unitario, pero la neutralidad a la que, quizá... Ese debate fue un debate muy circunscrito a cómo la judicatura reaccionaba ante principios indeterminados, que ese es otro problema.

Para el caso concreto, y esto lo vinculo ahora con la pregunta de la comisionada Lagos, las bases sabemos que involucran cosas de un nivel de reglamentación que no tiene nada que ver con los principios o valores, como que los emblemas nacionales o los estados de excepción tal y cual son opciones de política pública. Hay muchos países que no mencionan los emblemas nacionales en su Constitución, pero en Chile, quizá, es parte de nuestra tradición y también es reactivo, esas bases son reactivas al fracasado proceso constituyente ocurrido el año antepasado y pasado, pero lo que sí me parece y trataría de evitar es lo que el profesor Ruiz-Tagle, en Chile, ha planteado tantas veces: un ekeko. En el fondo, para dejar tranquilos a todos los grupos, plantear principios constitucionales que son abiertamente contradictorios.

En mi lectura del principio de subsidiariedad chileno, que no tiene nada que ver con el principio de subsidiariedad entendido a la europea, es muy difícil de hacerlo cuadrar con el principio de Estado social y democrático de derecho, y si se hace, podrá dejar tranquilos a los constituyentes, pero va a entregarle todo el poder a la judicatura para resolver las contradicciones; o sea, en definitiva, es una manera de patear el problema. Así que más que muchos o pocos principios... Pero, insisto, estamos en una era donde este va a ser un problema que va a tener el Consejo Constitucional y ustedes, como Comisión Experta, sería muy atendible que informaran eso al Consejo.

Vivimos en una era de inflación de derechos fundamentales e inflación de principios. Hay grupos que van a sentirse muy maltratados, si es que algo que consideran es un principio existencial no queda plasmado; va a quedar la sensación de que son ciudadanos de segunda categoría, etcétera. Entonces, eso es un arte finalmente y esa es la mala noticia que tengo.

No estamos en un ámbito en que hay certezas muy fuertes. Quizá, es uno de los ámbitos más complejos de esta labor constituyente en que están involucrados.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Muchísimas gracias, profesor Couso.

En verdad, ha sido una exposición muy ilustrativa. Le agradezco y, si tiene que partir, lo dejamos completamente liberado.

El señor **JAVIER COUSO** (expositor).- Presidente, le agradezco y lamento no poder quedarme a escuchar a los colegas.

Ha sido un gusto.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- No se preocupe, profesor.

Creo que cumplió en un ciento por ciento las expectativas de la comisión, desde el punto de vista de cómo debiera enfrentarse una exposición de este tipo.

A continuación, quisiera ofrecerle la palabra a don Arturo Fermandois, que es profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Profesor Fermandois, tiene usted la palabra.

El señor **ARTURO FERMANDOIS** (expositor).- Muchas gracias, señor Presidente.

Aprovecho saludar a las comisionadas y comisionados que integran esta tan valiosa comisión y, además, felicitarlos, porque tienen a su cargo una tarea sumamente sensible en el primer día, entiendo, de audiencias. Además, saludar al profesor Martínez y a la profesora que nos acompaña.

Quiero hacer tres preguntas e intentar responderlas en esta presentación.

La primera es ¿debe existir o no un capítulo especial de principios en una Constitución?

La segunda es si hemos de concluir que sí, ¿qué características deben tener esos principios? ¿Qué tópicos, qué densidad normativa, qué número, qué grado de consenso deben exhibir esos principios para ser acertados en la Constitución?

Y, la tercera, la pregunta, quizá, más compleja y que pienso que no es leal evadirla, dado que la comisión ha tenido la gentileza de invitarnos, es ¿cuáles debieran ser los principios que esta comisión considere para debatir y, eventualmente, aprobar?

Ahí voy a referirme a dos temas específicamente.

El primero es ¿de qué forma el artículo 154, número 5, nos vincula en la tarea de proponer principios?; ¿hasta qué punto quedan ahí definidos los principios?; ¿cuáles de ellos debieran transformarse en un texto de un capítulo introductorio?

Y una segunda pregunta es, quizá, la más compleja, y acaba de ser referida por el profesor Couso, ¿de qué forma se puede compatibilizar lo que se prevé en el artículo 154, en el sentido de que Chile es un país, es un Estado democrático y social de derecho, que debe contribuir a promover el bien común a través del principio de progresividad, como dice tácitamente, e instituciones estatales y privadas? ¿De qué forma se puede conciliar esta forma que tuvo la reforma constitucional, que estableció aquellas bases institucionales que, más que limitan, obligan a llenar el texto?

En relación con la primera pregunta, pienso que está bastante respondida por la literatura, la jurisprudencia y el pensamiento constitucional. Es adecuado que una Constitución tenga un capítulo de Principios. Desde luego, esta comisión es un anticipo de la respuesta, existe la comisión.

Lo que ocurre es que los principios podrían estar tanto en un capítulo introductorio como desperdigados a lo largo del texto, como el principio de inexcusabilidad jurisdiccional, por dar un ejemplo de un principio ubicado en otra parte del texto.

El profesor García cita a Joseph Raz, en 2009, cuando señala que uno de los elementos centrales de una Constitución consiste en recoger las creencias comunes de la población sobre la forma en que se debe gobernar su sociedad, y constitucionalizarlas bajo la forma de principios.

Creo que acierta en cuanto a que ese principio debe ser común, debe tener algún grado de adhesión mayoritaria; por eso es constitucional.

Naturalmente, no se pide unanimidad, si existiera, pero deben ser intensamente compartidos los principios del capítulo introductorio, debieran representar un consenso mínimo político; ahí está el consenso mínimo.

En otros aspectos, podrían existir discrepancias más tolerantes, pero ahí, aquello que es indiscutiblemente, inequívocamente aceptado por una gran mayoría.

¿Qué tópicos abordan los capítulos introductorios o preámbulos?

Hay un trabajo muy interesante del profesor Voermans -que trabaja con otros dos profesores-, editado por la profesora Rosalind Dixon. En este libro, que se llama "Preámbulos Constitucionales: un análisis comparado", se arrojan diversas categorías interesantes de recordar.

Los profesores hacen un estudio de los preámbulos, que es la técnica del siglo XX para formular principios genéricos, que iluminaban a todas las constituciones, los famosos preámbulos de la Constitución francesa del 58, de la Constitución norteamericana de 1787.

Los aspectos que van surgiendo son: soberanía nacional, Estado de derecho, democracia, dignidad humana, derechos y libertades en general, igualdad, algunas referencias a la historia, y en algunos preámbulos también existen alusiones a religión y minorías, pero una característica de los preámbulos es que son breves. El promedio de las palabras de los preámbulos es de 300 palabras, según el profesor Voermans.

Creo que lo que se dice de los preámbulos también es trasladable a los capítulos introductorios. Deben ser breves, precisamente por su naturaleza consensuada, ampliamente consensuada. Por ejemplo, si uno va al capítulo introductorio de la Constitución de Italia, que es de las constituciones clásicas más densas, tiene 12 artículos; la Constitución de España tiene nueve, la Constitución de Francia tiene solo cuatro. Alemania no tiene un capítulo introductorio, tiene, obviamente, ese artículo 1 muy importante, y tiene el preámbulo, que es también muy importante.

Si vamos a las experiencias chilenas, el capítulo actual de la Constitución tiene nueve artículos y 854 palabras. El proyecto de la entonces Presidenta Michelle Bachelet, enviado en enero de 2018 al Congreso Nacional con aquel mensaje, tiene también nueve artículos, con 946 palabras -es ligeramente mayor que en la Constitución actual-, y el proyecto de la Convención Constitucional de 2022, que fue plebiscitado, tenía 16 artículos, con 1.291 palabras, es decir, era significativamente más numeroso el despliegue de principios.

Pienso que el contenido de los principios debe ser unívoco. Debe tener una significación única, no puede ser equívoco el principio. De lo contrario, se producen efectos que se deberían evitar en ese capítulo, en mi modesta opinión.

¿Qué consecuencias se deben evitar?

La primera, tanto evitar que el principio rigidice la política legislativa, que dé amplitud, precisamente porque lo que busca el principio es orientar a los poderes constituidos en la búsqueda del bien común, pero no señalarles con tal

estrechez la ruta, que en definitiva se transforme en una constitucionalización de la vida política o de las políticas públicas.

Pero el principio tampoco debe ser tan amplio que permita cualquier interpretación legislativa, por contradictoria que sea, es decir, el principio debe ser mínimamente unívoco.

Vamos ahora, si me lo permiten, a ensayar qué principio sería adecuado considerar para un capítulo introductorio en la Constitución de 2023.

El primer criterio es analizar el artículo 154 en sus verbos rectores, que dice: La Constitución que se plebiscite deberá contener...

El antiguo artículo de las bases de la ley N° 20.050, decía: El texto de la nueva Constitución no podrá...

Efectivamente, no podrá ser contrario a...

Aquí, en cambio, es un mínimo. Dice: Deberá contener al menos... como ustedes ya conocen.

Ahora, ¿cuáles son las bases?

Si uno revisa el artículo 154, surgen inmediatamente varios principios, que creo que tienen el carácter de principio o el mérito para encontrarse, obviamente, en ese capítulo introductorio.

República democrática, en primer lugar, en el artículo 4° actual; la soberanía popular, en el artículo 5° actual, que reside en la nación. El artículo 154 propone la soberanía popular, que era el criterio de la Constitución de 1925.

La limitación de la soberanía, artículo 5° actual, inciso segundo, lo sostiene derechamente el artículo 154. Dignidad de la persona humana, desde luego, que limita el ejercicio de la soberanía. No dice "el ejercicio de la soberanía", dice "la soberanía".

También limita a la soberanía con los derechos humanos, contenidos en tratados internacionales. No dice: "en esta Constitución y en los tratados internacionales", sino solo "en tratados internacionales". Ustedes verán cómo se podrá abordar ese matiz.

Afirma también que el terrorismo es contrario a los derechos humanos, el actual artículo 9° de la Constitución.

Plantea el artículo 154 el reconocimiento de los pueblos indígenas, que pareciera ser una expresión de la voluntad, que se recoja -como varias veces se propuso en las bases de la institucionalidad- el reconocimiento de los pueblos originarios, dentro de la unidad e indivisibilidad de la nación chilena.

Plantea -muy interesante me pareció- el bien común como finalidad del Estado, el actual artículo 1°, inciso cuarto; también el Estado social y democrático de derecho, y cómo se desarrolla.

Me parece que todos estos son candidatos a ser incorporados como principios, casi ineludiblemente.

Las frases que ahí están, respecto de cómo se promueve el desarrollo progresivo de los derechos sociales, me parece también ineludible abordarlos en el capítulo introductorio, en cuanto a que es progresivo con el principio de responsabilidad fiscal que mencionaba el profesor Couso, que, efectivamente, es un principio... Está recogido en algunas constituciones en la Unión Europea, está en la Constitución española, está en instrumentos de la Unión Europea, pero, obviamente, en Chile es un principio nuevo, nuevo en cuanto a expresión expresa, y también se incorporan los emblemas nacionales.

Ahora, hay otros principios que están en el artículo 154, de los números 5 al 12, que pueden distribuirse a lo largo y ancho del texto: los tres poderes independientes del Estado, derecho a la vida y a la libertad de enseñanza, que imagino que deben ser recogidos en la formulación del derecho respectivo; la subordinación de las Fuerzas Armadas al poder civil, en el capítulo de Fuerzas Armadas o en el capítulo de gobierno, de acuerdo con lo que se resuelva por esta Comisión Experta o por el Consejo Constitucional.

Ahora, pasemos a ensayar algunos principios que se encuentran aceptados por la doctrina constitucional en la tradición constitucional chilena, que no están en el artículo 154 y que también podrían ser considerados por la comisión.

Pienso que uno muy importante es el de interdicción de la arbitrariedad, que se deduce del artículo 1º, inciso primero, de la Constitución y de las reglas del Estado de derecho, artículos 6º y 7º. Hoy no está formulado precisamente, pero está intensamente acogido por la doctrina de la jurisprudencia constitucional en Chile y también en el extranjero.

Se hermana con el principio de proporcionalidad, aquel principio que costó mucho que la jurisprudencia chilena lo fuera tomando, hasta la sentencia del Tribunal Constitucional rol 755, donde finalmente declara que existe un principio de proporcionalidad como parámetro al Estado para exigir que las limitaciones a derechos fundamentales se hagan bajo un contexto de prohibición del exceso.

Me parece que esos principios sí debiesen estar. Obviamente, una opción es que esto se incluya en el derecho respectivo a la igualdad, a la prohibición de la discriminación arbitraria, o bien algún otro tipo de formulación.

Me parece también que el principio de Estado de derecho tiene justificación para estar en el capítulo introductorio. No está en el artículo 154 como tal, pero está muy asentado en Chile desde la Constitución de 1833, desde aquella famosa frase que dice que ninguna magistratura, persona o grupo de personas puede atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que aquellos que les hayan sido expresamente conferidos por la Constitución o las leyes.

Esa es una expresión que luego va a cumplir 200 años de tradición en Chile, y debe ser, a mi juicio, mantenida.

Hay que pensar también que, internacionalmente, el Estado de derecho sí está en el capítulo introductorio. Está, por ejemplo, en algunos preámbulos. Dice el profesor Voermans que, a partir de 1950, un 48 por ciento de las Constituciones ya traen el Estado de derecho como un principio en sus preámbulos.

Además, ya existe el artículo 153 para los órganos constituyentes, aquella frase en cuanto a que no pueden atribuirse otras funciones que aquellas para las que han sido expresamente convocados.

Ahí aparece el principio de supremacía constitucional, hoy en el artículo 6°, inciso primero; el principio de actuación del Derecho público, artículo 7°, incisos primero y segundo; la nulidad de Derecho público, que traía el proyecto de la Convención Constitucional, y cómo olvidarnos del principio de probidad, que, como saben bien, no estaba en la Constitución original. Llega el año 2005, se va densificando, se dictan las leyes respectivas -la ley de probidad, la ley de transparencia- y hoy es un eje central de la democracia. Me parece que en 2005 fue un acierto incluirlo.

Ahora, si me permiten sugerir otros principios distintos, que están también en la línea de modernizar, actualizar la Constitución, aquella frase que tenía en su momento la entonces Presidenta Bachelet, cuando convocaba su proceso constituyente: hay que modernizar la Carta.

El diagnóstico es que Chile necesita un mejoramiento en la certeza jurídica. ¿Por qué? Por múltiples razones.

Me parece que el crecimiento del Estado en los últimos 30 años, la multiplicación de los órganos regulatorios fiscalizadores del Estado. Por poner un ejemplo, al año 1980 existían dos superintendencias, se creó una tercera en 1981 con la reforma de pensiones, decreto ley N° 3.500, y hoy existen 11 superintendencias. En los años 1980 y 1981 existían 16 ministerios, y actualmente hay 24.

El Estado creció. Por lo tanto, me permito proponer un principio que creo que va a ser valorado, y lo tienen otras constituciones.

El primero es el principio de buena fe constitucional. La Constitución de Colombia tiene este principio, y es muy interesante atender a qué consiste. Dice: Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las actuaciones que aquellos adelanten ante estos.

Esa es la formulación del viejo principio de la buena fe, cuando Cicerón decía que la buena fe, entendida como fidelidad y sinceridad en los acuerdos, constituye el fundamento mismo de la justicia. La buena fe es creer y estarse a que las actuaciones del otro son reales, son verdaderas y no son fraudulentas.

La buena fe estatal ya tiene la presunción de legalidad, artículo 3° de la ley N° 19.880, y la presunción de constitucionalidad de la ley, que se deduce, obviamente, de muchos preceptos de la propia Constitución.

En Alemania, el principio de buena fe constitucional, según los autores -Herrera Molina, estoy citando a uno especialmente-, se deduce de la cláusula de Estado de derecho. Así lo ha extraído la jurisprudencia.

Básicamente, la buena fe constitucional consistiría en estarse a la validez de las actuaciones, tanto de las autoridades públicas como de los particulares, a menos que exista o intermedie fraude, mala fe, la que debe ser alegada y probada, o sea, la regla general del Derecho privado.

El compás jurídico inicial, la mirada potestativa estatal sobre los particulares, debe ser de deferencia y no de sospecha. Aquí hay un segundo problema, que puede ser tratado en el resto del articulado de la Constitución, establecida que sea la buena fe consistente en quién resuelve la mala fe. La respuesta natural es la judicatura, órganos jurisdiccionales autónomos.

El segundo principio que me propongo plantear... usted me dirá cuánto me queda, señor Presidente.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- No estamos con tiempo, pero continúe con la idea.

El señor **ARTURO FERMANDOIS** (expositor).- Muchas gracias, para cerrar después con el tema de fondo.

El segundo es el principio de confianza legítima, que trae mucha literatura en el último tiempo. Coincidentemente, ayer fue lanzado un libro en homenaje al profesor don José Luis Cea Egaña, donde viene un trabajo de la profesora Ángela Vivanco, ministra de la Corte Suprema, donde hace un recuento de cómo la Corte Suprema ha recogido y aplicado permanentemente, en los últimos años, el principio de confianza legítima.

El principio de confianza legítima según Cassagne, insigne administrativista argentino, consiste en prever con razonable grado de previsibilidad el grado de certeza jurídica que posee su relación con el Estado, y adoptar las medidas necesarias para soportar las consecuencias adversas.

Es decir, como saben muchos de ustedes, es un principio que obliga al Estado a estarse a las consecuencias de sus propios actos cuando esos actos han producido beneficios en terceros, limitando de alguna forma la retractación, invalidación, revocación administrativa.

Hay literatura que objeta este principio, pero me parece que es una literatura aislada en general, y así también proviene de Europa. Es una literatura minoritaria frente al amplio acogimiento de este principio que, por cierto, tiene requisitos y está conectado con la seguridad jurídica, la buena fe, nuevamente, y la estabilidad de las relaciones jurídicas.

Señor Presidente, vamos al último punto: ¿cómo se compatibiliza el Estado social y democrático de derecho con el respeto a la autonomía personal?

Creo que hay tres posibilidades para hacer esto. La primera es reproducir el numeral 5 del artículo 154, ya que tal disposición es un precepto que orienta el trabajo de esta Comisión Experta; le señala un fin al Estado, el cual es el bien común; reconoce derechos y libertades inalienables; plantea la progresividad de los derechos sociales, principio que, en su carácter de no regresividad, estuvo en un avanzado acuerdo para ser incorporado en la comisión técnica de 2019, cuando hubo que redactar las reglas de la Convención; plantea la responsabilidad fiscal; y convoca a instituciones públicas y privadas.

Me parece que es un buen intento de articular la presencia de ambos principios: intervención estatal y autonomía.

Una segunda posibilidad sería incorporar o usar de bastidor el artículo 3° del proyecto de Constitución enviado por la Presidenta Bachelet al Congreso, contenido en el boletín N° 11617-07, de marzo de 2018.

Este es un artículo que con el tiempo hemos releído muchas veces, pareciéndome particularmente acertado, ya que utiliza parte de la redacción del actual inciso tercero del artículo 1°, en el sentido de que el Estado está al servicio de la persona humana, que su finalidad es el bien común, para lo cual ha de crear las condiciones sociales necesarias, agregando, en su inciso primero, otros conceptos, como el de *"desarrollo integral y sostenible de la comunidad, respetando plenamente..."* y agrega *"con responsabilidad fiscal" "...los derechos y garantías que esta constitución consagra"*. O sea, es un inciso que en 2018 ya incorporaba todos estos elementos.

Pero el inciso segundo, debo reconocer, es al que más simpatía tengo porque, sin desconocerse el artículo 154, me parece que no puede eludirse, sobre todo en esta tarea de conciliar el Estado social y democrático de derecho con la autonomía personal, pues reconocía y promovía a los órganos intermedios, que son aquellos a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad, garantizándoles autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

O sea, el inciso primero del artículo 3° de la actual Constitución estaba contenido en el proyecto de la Presidenta Bachelet, particularmente en el inciso segundo de su artículo 3.

Además, tal artículo completaba esto con un inciso tercero, más amplio y con matices respecto del actual inciso quinto del artículo 1°, relativo a los deberes del Estado.

En efecto, el inciso segundo del artículo 3° del proyecto de la Presidenta Bachelet hablaba de la interacción armónica y solidaria de los habitantes y pueblos, y de ciertos deberes

especiales del Estado, como proteger el medio ambiente y el patrimonio histórico y cultural.

Me parece, estimadas señoras y señores, que este artículo 3° es un elemento muy interesante a considerar.

Habría que complementarlo con lo que exige el artículo 154, como mínimo, en aquello que falta, como, por ejemplo, la definición de Estado social y democrático de derecho, que tendría que estar en ese texto.

Tendría que incorporar la progresividad de los derechos sociales, que no estaba en el proyecto de la Presidenta Bachelet, e incorporar las convocatorias a instituciones públicas y privadas, que tampoco estaba en el proyecto de la Presidenta Bachelet, pero que se deducía de ese inciso segundo, en cuanto hablaba del reconocimiento de la autonomía de los cuerpos intermedios.

La tercera alternativa -con esto cierro para no extenderme en exceso- es elaborar un nuevo texto, que perfeccione el actual principio de subsidiariedad.

Este es un tema largo que podemos conversar, quizás, en el momento de las preguntas y respuestas. Con los demás invitados que hay puede haber un buen debate y, desde luego, con la profesora Enríquez, porque, cualquiera sea el origen que se le atribuya -sea a la Grecia antigua, a Aristóteles, a Santo Tomás o, como algunos autores sostienen, a San Agustín de Hipona, o bien, como afirman otros, que indican que no tiene una conexión con aristotélico-tomista, sino que habría nacido con el Obispo de Maguncia, Wilhelm von Ketteler, en el siglo XIX, y que de ahí habría pasado a la encíclica *Rerum Novarum*, de León XIII, y de ahí a la *Quadragesimo Anno*, de 1931-, el principio de subsidiariedad siempre permitió una faz activa de colaboración, de ayuda. De hecho, *subsidium* es "ayuda a la reserva".

Pero parte de la doctrina y la crítica política han sostenido, como dijo el profesor Couso, que es un principio que no hace tal cosa, sino que limita, estrecha y reduce la opción del Estado de actuar en materia de derechos sociales.

Discrepo de eso. Hemos publicado varios trabajos sobre esto, pero tal crítica existe. Como ejemplo, hemos citado al profesor Ruiz-Tagle, que, en el año 2000, en la revista de Derecho Público, publicó un artículo titulado *Principios Constitucionales del Estado Empresario*. También hemos citado al profesor Brieva, entre otros.

En Europa también se hay un debate sobre esto. Algunos autores han golpeado a la subsidiariedad, diciendo que es un instrumento neoliberal. Ejemplo de ello es Pollack, en el año 1999, o Trevor Latimer, que en su artículo *Against Subsidiarity*, de 2018, lo considera un principio antipolítico y antidemocrático. Es decir, existe una crítica.

Pero hay otros autores que ubican al principio de subsidiariedad en el lugar que, a mi juicio, es el correcto. La profesora y filósofa francesa que más y mejor interpreta

esta posición es Chantal Delsol, en su libro *El Estado Subsidiario*.

En Chile también hay profesores, como el profesor Loo Gutiérrez, que dice exactamente esto, en su trabajo de doctorado, en que indagó sobre los orígenes en Italia del principio subsidiariedad: *"... nuestro país no ha recogido esta polivalencia y polifuncionalidad del principio. Por el contrario, nos hemos limitado a creer que nuestro ordenamiento constitucional consagra el principio y lo hemos leído casi exclusivamente en su valencia negativa..."*.

Concuerdo con el profesor Loo. Así se tiende a leer, como un principio que limita la actuación pública.

Josefina Araos sostiene "en el sentido original de la subsidiariedad, sostenido en la premisa de la anterioridad a la persona, la tarea del Estado no es retirarse, sino acompañar. No estar en fuga, sino secundando, atento a los requerimientos de aquellos que fundamentan su actuar."

Coincido con estos autores. El principio de subsidiariedad, dado que en su formulación genuina no incluye solo una faz, sino dos, y dado que la crítica política y doctrinaria lo señala como el obstáculo al desarrollo social del Estado, entonces, la tercera alternativa es corregir el texto, adecuarlo, balancearlo, a fin de que no se interprete de esa forma. Y para eso, ¿qué se puede hacer?

Una primera alternativa es explicitar la autorización constitucional al Estado para desplegarse activamente en el aseguramiento de derechos sociales. De alguna forma, el artículo 154, hablando de las bases, lo hace, pero sin deteriorar la libertad individual y asociativa. Es decir, ha de existir esa combinación, pero en forma explícita.

Una segunda alternativa es balancear el actual texto con otro principio que convoque al Estado a socorrer a personas e individuos en su búsqueda del bien común. Esto es el principio de solidaridad, que es lo que propone la profesora y comisionada Peredo, en uno de sus trabajos al respecto.

Ese es un camino, es decir, balancearlo con el principio de solidaridad, que no es exactamente el que personalmente recomendaría, a pesar de que me parece muy bien hecho su planteamiento, pero simplemente porque estimo que la solidaridad, que está hoy en el artículo 3° de la actual Constitución, en relación con las regiones, y que está subyacente en la política tributaria, por supuesto, todavía tiene el carácter de una virtud humana. En cuanto al principio de subsidiariedad, es un principio de distribución de competencias. Es decir, tiene más carácter orgánico. Pero es una opinión completamente discutible.

Pienso que esa es la segunda alternativa. Va a nacer con un principio, tomar el texto a la ex Presidenta Bachelet, artículo 3° y, desde luego, innovar con un texto distinto es parte de las posibilidades.

Ese texto distinto debiese incorporar algunos elementos -y con esto cierro-, como que el Estado está al servicio de la persona humana, que reconoce derechos y libertades fundamentales, que su finalidad es promover el bien común, que el Estado reconozca a las organizaciones sociales, su libertad y autonomía, que incorpore instituciones estatales y privadas, y siempre con pleno respeto de los derechos y libertades asegurados en esta Constitución.

Hasta aquí, señor Presidente. No quise extenderme en un tema que para mí es muy interesante, pero que puede ser soporífero para los comisionados, que es el por qué el principio de subsidiaridad no ha sido en la realidad un obstáculo. Para eso hay que ir a la jurisprudencia y repasar los casos más importantes. Eso excede, creo yo, el tiempo.

Muchas gracias.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Muchas gracias, profesor Fermandois.

No lo dije antes de que se fuera el profesor Couso, pero si usted tiene un escrito o minuta, sin perjuicio de que aquí está taquigráficamente registrado para la historia fidedigna del establecimiento de este proceso, será muy bien recibido. Si alguien quiere extenderse por la vía escrita, lo adjuntamos al informe de la Comisión.

En honor al tiempo, propongo terminar la ronda de exposiciones, para que después hagamos una ronda, no de debate, pero sí para tener preguntas.

Tengo, en orden alfabético, a la profesora Miriam Henríquez, decana de la facultad de derecho de la Universidad Alberto Hurtado. Le agradecemos por estar aquí.

Tenga usted el uso de la palabra. Después, para terminar, se la vamos a dar al profesor José Ignacio Martínez.

La señora **MIRIAM HENRÍQUEZ** (expositora).- Muy buenas tardes.

Por su intermedio, señor Presidente, quiero comenzar saludando a los comisionados y comisionadas, a los distinguidos colegas que me acompañan esta tarde y, fundamentalmente, agradecer a la Subcomisión de Principios, Derechos Civiles y Políticos, la invitación a participar en esta primera sesión con audiencia pública.

Concurro como profesora integrante del núcleo constitucional de la Universidad Alberto Hurtado.

Quisiera indicar que mi presentación -voy a tomar el tiempo, atendida la temperatura de la sala- es para relevar la importancia de los principios constitucionales.

Para ello, voy a continuar con un plan de análisis, que espero poder acometer.

Lo primero es referir una noción del principio. Qué es un principio en un mar de nociones, porque si hay algo sobre lo que se ha escrito es sobre qué es un principio, con un sentido

práctico, que creo que es lo que justamente esta Subcomisión requiere en un tiempo tan acotado para cumplir con el cometido, que es proponer un anteproyecto.

Segundo, señalar cuál es la importancia de constitucionalizar los principios, atendidos no solo los contenidos posibles de esos principios, sino la función que tienen los principios.

En tercer lugar, algunas preguntas que seguramente ustedes van a tener que responder, a propósito de la configuración de los principios, en el entendido de que se está elaborando un capítulo, que podría ser el primero, según el índice propuesto, que tiene que ver con los fundamentos del orden constitucional.

Por último, si el tiempo me lo permite, algunas ideas sobre cuáles principios podrían listarse en el capítulo de fundamentos del orden constitucional.

Sabemos que la noción de principio es de frecuente uso en el discurso de los juristas. De hecho, es una noción prácticamente omnipresente. En torno a ellos, a los principios, circula una serie de problemas. Uno de los problemas es la complejidad para definirlos y el uso diverso de la expresión.

Mis reflexiones - decía que podían tener un sentido práctico - consideran que los principios constitucionales son normas jurídicas -algo que podría disputarse por algunos autores - que están previstas en la Constitución, que recogen los acuerdos políticos básicos y más importantes y fundamentales de una sociedad.

Mis reflexiones se vinculan con los principios que serían constitucionalizables en el capítulo Fundamentos del Orden Constitucional.

Sabemos -ya lo adelanté- que los principios son un término multívoco. De hecho, un autor, el profesor Luis Prieto Sanchís, sistematiza todos los significados que se le han atribuido al término principios. Por ejemplo, y bajo el supuesto de que los principios son normas, una manera de definir los principios sería que son las normas que se suponen axiológicamente fundamentales. Otra manera de entenderlos son las normas más generales, o que inspiran amplios sectores del ordenamiento, por ejemplo, el principio de culpabilidad para el derecho penal. También, podrían ser las normas que indican los fines de la acción estatal, como podría ser el pleno empleo. Finalmente, los principios como las normas más vagas o que presentan un supuesto indeterminado de hechos o un presupuesto indeterminado de su aplicación.

También se ha denominado principios a las normas que recogen tópicos interpretativos, como los adagios que conocemos a propósito de la tarea de interpretación.

Pero, como lo señalé en la introducción, a mi juicio, los principios son los acuerdos político básicos, e insisto, más importantes o fundamentales de una sociedad. Por lo tanto, esta toma de posición inicial, que creo que puede ser muy práctica para los fines que ustedes tienen que acometer en esta

Subcomisión, se aviene o se relaciona con la noción de principios que señala el profesor Luis Prieto Sanchís en las normas que se suponen axiológicamente fundamentales.

Hay toda una discusión, que, por supuesto, no viene al caso, entre este antagonismo entre reglas y principios, que están más radicadas en los términos tres y cuatro de los que acabo de detallar.

Sin embargo, la cuestión es por qué los principios son tan importantes en una Constitución. Lo que yo quisiera relevar es que, más allá de los contenidos que pueden tener estos principios, lo relevante es, de establecerlos en una Constitución, cuál es la función que suelen cumplir los principios, las funciones que desarrollan.

La primera función, a mi juicio, es ser directrices para el legislador.

En segundo término, son una referencia obligada para los aplicadores del derecho, fundamentalmente, los jueces.

En tercer término, y como función, los principios informan -suponiendo que están en un capítulo especial y, probablemente, inicial- al resto de la Constitución y a todo el ordenamiento jurídico.

En cuarto lugar, como función, los principios suministran coherencia al ordenamiento jurídico. En tal sentido, y excepcionalmente, operan como una norma de resolución de conflictos cuando se constituyen en un parámetro material del control de constitucionalidad.

Además, los principios confieren plenitud al ordenamiento jurídico.

Por último, entre otras tantas funciones que uno podría destacar, operan como parámetro de interpretación de las normas inferiores.

Los principios constitucionales -porque no estamos hablando de los principios en general, ni de los principios generales del derecho, ni de los principios del derecho privado, ni de los principios del derecho tributario, sino de principios constitucionales- participan de la supremacía, de la rigidez y de la fuerza normativa de la Constitución que los contiene, en relación con las demás normas del ordenamiento jurídico.

Creo que es bien importante tomar un punto de partida sobre qué entiende esta Subcomisión sobre los principios, porque, en base a una propuesta de definición se pueden luego ir configurando estos principios.

Por otro lado, destacar la importancia de la función de los principios para una Constitución, que tienen que ver con ese listado, que podría ser mucho más extenso, pero que destaque en seis funciones, que tienen los principios constitucionales para el resto del ordenamiento jurídico.

Con relación a la configuración de los principios, imagino que esta Subcomisión se va a hacer una serie de preguntas, se las está haciendo ya en este momento, pero al yo destacaría al menos cuatro preguntas con las que seguramente van a tener que "lidiar".

¿Los principios se definen primeramente e informan el resto de la discusión, o se van a adoptar al término del trabajo de esta Subcomisión y de toda la Comisión Experta, infiriéndose de la discusión que se lleve adelante?

Creo que esa es una pregunta central para atender, sobre todo porque el trabajo de las subcomisiones, es un trabajo paralelo, por lo tanto, el tiempo hay que usarlo de manera eficiente, y esta es una pregunta de la central o de la capital importancia en el avance de esta Subcomisión.

¿Los principios se van a establecer como normas programáticas o van a ser normas de naturaleza normativa con eficacia directa? Si fuera la segunda de las alternativas me parece necesario señalar de manera expresa que la Constitución va estar dotada de fuerza normativa y que sus normas van a tener una aplicación directa por todos los órganos del Estado.

Incluso, quizás, considerando esta frase de la Constitución vigente, que dice: que la Constitución obliga a toda persona institución o grupo. De lo contrario, en muchas ocasiones y en otras constituciones los principios se han valorado como normas programáticas no dotadas de fuerza normativa y aplicación directa. Ese es un asunto que me parece importante de resolver por esta Subcomisión.

Los principios van a tener en su configuración una formulación explícita o implícita. La formulación explícita es colocarle el nombre de principio a la definición que aquí se adopte que justamente esté contenido en este capítulo inicial de fundamentos del orden constitucional. Un ejemplo que dice que es un principio es el principio de probidad, en la actual Constitución.

También existe la posibilidad, y siempre va existir la posibilidad de que los principios se deduzcan del propio texto de la Constitución, aunque no estén explícitos, estos serían los principios implícitos, como es el ejemplo del principio de subsidiariedad. ¿Cuál es el riesgo a mi juicio de los principios implícitos? Es que quedan a la interpretación y a la argumentación de los aplicadores del derecho, principalmente del órgano de justicia constitucional que se defina, y como se trata de una nueva Constitución es probable que esa interpretación y esa argumentación se tomen de la Constitución anterior o se tenga que asentar una nueva con todo lo que ello implica, a propósito de la transición constitucional.

Por otro lado, el hecho de que se tengan que deducir principios de una nueva Constitución va a poner en controversia si ese principio efectivamente existe. Creo que también este es un tema de la capital importancia, a propósito de la configuración.

Y un cuarto asunto, es si se le va a dotar a estos principios que se establezcan en el primer capítulo que ustedes están analizando, se le va a dotar de mayor rigidez o no, en relación con otros contenidos constitucionales. Cuando me refiero a la mayor rigidez no me estoy refiriendo a la mayor importancia de los principios, claramente todos los contenidos constitucionales tienen la misma importancia, pero sí, probablemente se puede establecer en la Constitución que este capítulo, a propósito de los principios, tenga una mayor dificultad para la reforma, o eventualmente como lo hacen algunas constituciones, no creo que este sea el caso probablemente, que sean, contenidos inmodificables o inmutables.

En su caso, la definición de cuál sería *quorum* para poder reformar y cambiar los principios que aquí se establezcan.

¿Cuáles principios? Creo que esta es la pregunta probablemente más compleja, las anteriores también me parecen un grandísimo desafío. ¿Cuáles principios? En primer término, si uno revisa las constituciones de 1833, la de 1925, la Constitución vigente y volvemos y reiteramos la idea de que el principio es un acuerdo político fundamental sobre temas importantes, o si no son acuerdos, son decisiones fundamentales que están presentes en las constituciones chilenas. lo que podemos identificar que se han establecido como un principio son: la forma de gobierno, la forma de Estado, la soberanía, particularmente en quién reside y cómo se ejerce, el principio de legalidad, el principio de separación de funciones y la supremacía constitucional.

Este puede ser un catálogo probablemente no completo de aquellos contenidos que están en las constituciones que han tenido mayor duración en Chile, que están en sus primeros apartados y que se reiteran a lo largo de estas constituciones en una suerte de tradición, ya para esto fines, constitucional.

Pero también uno podría considerar extraer algunos principios a propósito de las bases constitucionales y, en esta parte, también hay que previamente definir cómo entendemos las bases constitucionales, las 12 bases constitucionales. Si entendemos estas como un acuerdo político preconfigurado para dar cauce al Proceso Constituyente, algunas bases podrían contemplarse en el capítulo Fundamentos del Orden Constitucional como principios, no todas las bases, sino que algunas de las 12 bases se podrían considerar en este primer capítulo como principios. Por ejemplo, aquella base que es la número 1, relativa a la forma de gobierno, y también, a propósito de la soberanía popular que ya coincide con estos principios que han estado presentes en las distintas constituciones.

También se podría establecer como principio la forma de Estado, no estoy diciendo el contenido, sino que la temática que se defina, luego establecerla como un principio en el capítulo que imagino será el primero de esta futura Constitución.

Por otro lado, también como principio, se podría establecer la idea de la soberanía popular, los límites a la soberanía y también la prohibición del terrorismo que está contenida en la base número 3. En cuarto lugar, el reconocimiento de los pueblos indígenas, podría ser también un principio contenido también en las bases, la número 4, y los fines de la acción estatal; de hecho, es definición de principios, los fines de la acción estatal y particularmente me parece que debiera estar considerado como un principio la base número 5 que dice que Chile es un Estado social y democrático de derechos, cuya finalidad es promover el bien común.

Probablemente, corre la lista de las distintas bases constitucionales que podrían estar contenidas en otros capítulos, ya no vinculados con los principios, sino, por ejemplo, con la organización del Estado. Me refiero en este caso a las bases 6, 7, 8, 9, 10 y 11, que hablan sobre la separación de poderes, la forma que va adoptar el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial y etcétera. Los estados de excepción constitucional, no porque sean bases necesariamente, aquellas tienen que ser previstas como principios, pero sí, por supuesto, por mandato de la actual Constitución que plantea que el Proceso Constituyente debiera ser un contenido que esté previsto en otros capítulos de la futura Carta Fundamental.

Así como también es posible que estén previstos en el capítulo de los derechos, me refiero a la base número 9. Pero, nuevamente, la idea de bases que puedan tener un reflejo en el capítulo primero de los principios, destaca la base número 12, que habla de la protección del medio ambiente y que Chile se compromete con el cuidado y la conservación de la naturaleza y la biodiversidad.

Voy concluyendo.

Sobre otros principios, si tomamos las bases constitucionales como un punto de partida, y esto es bien importante porque las bases constitucionales -ustedes lo saben muy bien- no debieran cerrar el debate constitucional, sino que marcar el punto de partida. También podrían considerarse como principios por su amplia adhesión y, cada vez más amplia adhesión, y también en consideración que la Constitución no solo es un texto político, sino que también es un pacto social intergeneracional, otros principios, que me permito señalar simplemente y no mencionar el contenido, porque justamente es la tarea de esta Subcomisión, la igualdad sustantiva y la paridad en la integración de los órganos del Estado, la interculturalidad, la previsión como principio de Chile como un Estado abierto al derecho internacional de los derechos humanos, y por último, la transparencia y la probidad.

El último principio podría parecer raro, pero no estaba contenido en las constituciones anteriores, sino que fue objeto de reforma constitucional del año 2005 y transparencia y probidad tampoco está mencionada en las 12 bases constitucionales; sin embargo, atendida su amplia adhesión y

la consideración en la Constitución de 1980 y en los proyectos constitucionales previos, por supuesto, también la posibilidad de ser considerada como un principio en este capítulo primero de los fundamentos del orden constitucional.

Muchas gracias por su atención, muchas gracias señor Presidente.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Muchas gracias, profesora Henríquez, muy ordenada y sintética su presentación. Así que le agradezco, le pedimos por favor que se quede con nosotros para poder tener una ronda de intercambios.

Finalmente, al otro señor decano presente, al final dejamos un duelo de decano, no es un duelo, lo dije mal. Intercambio de decanos.

Tiene la palabra el señor José Ignacio Martínez.

El señor **JOSÉ IGNACIO MARTÍNEZ** (expositor).- Muchas gracias, señor Presidente. Muchas gracias a la Subcomisión por esta invitación.

Un honor para mí, representar a la Facultad de Derecho y específicamente al Observatorio Constitucional de la Universidad de los Andes, que se llama Polis. Un honor, además, estar en compañía de tan ilustres colegas a quienes conozco desde hace mucho tiempo.

En un exceso de entusiasmo, señor Presidente, además de la presentación, traigo algunos elementos descritos que después les quiero dejar a la Subcomisión para aportar a su trabajo. Antes de tomar en consideración esos antecedentes que ustedes ven allí, quiero partir mi presentación, haciendo algunas pequeñas reflexiones para que podamos entender mejor lo que les quiero transmitir. Tal como se ha dicho, creo que vamos a coincidir en muchas de las cuestiones que ya han sido planteadas por mis antecesores, lo que me llena de alegría.

La pregunta acerca de si debe haber o no un capítulo específico que recoja principios, claramente me da la impresión de que en el índice provisorio que se ha aprobado por la Subcomisión pareciera que hay esa idea desde el momento en que en el capítulo primero pareciera que se van a incluir estas bases fundamentales. Tengo la impresión de que allí debiera tener cabida, o podría tener cabida. En cualquier caso, aun cuando no existiera un capítulo que tuviera nombre similar de Fundamentos del Orden Constitucional, o de Principios Constitucionales, probablemente los principios que existirían igual y estarían dispersos o no, dentro de la respectiva Constitución.

Solo a modo de ejemplo, la Constitución española comienza con un título preliminar, que no tiene título, se llama Título Preliminar, pero que está lleno de principios y que son los principios que estructuran el orden constitucional español. Así que me da la impresión de que esa es una cuestión que más o menos resulta relativamente pacífica.

Lo segundo, quiero comentarles que también me parece que es una reflexión importante plantearse el problema de los principios constitucionales, es plantearse nada más y nada menos el problema que deriva de la doble naturaleza de las constituciones.

Las constituciones son normas que tienen una naturaleza jurídica y política, y desde ese punto de vista, los principios constitucionales presentan los mismos desafíos de la norma que los contiene. Algunos tienen naturaleza política y otros naturaleza jurídica. ¿Cuáles son las ventajas y desventajas de unos y otros? En mi opinión, los principios jurídicos tienen la gran ventaja de que son autoaplicativos.

En el sentido al que se refería la profesora Miriam Henríquez, en el sentido de que reconocidos se aplican, por ejemplo, poner en duda el debido proceso y todos los principios que se derivan de él, porque no está desarrollado adecuadamente, sería poner en duda la presunción de inocencia, la bilateralidad de la audiencia, el derecho a recibir asistencia letrada, etcétera.

Hay una serie de principios que no cabe la menor duda que tienen una relación estrechísima con aquello que es lo propio del derecho constitucional y que son de naturaleza jurídica y que resultan autoaplicativos. Pero también hay otros principios a los que ya se refirieron mis colegas, por ejemplo, el expositor Javier Couso, que se refirió latamente a principios como el federalismo, que no solo es un principio relevante, yo solo lo quería agregar. En el constitucionalismo norteamericano también es muy relevante, lo propio en el constitucionalismo alemán; de hecho, la cláusula de intangibilidad en la Constitución alemana afecta a la dignidad humana y al principio del federalismo.

Claro, el tema está en que por mucho que uno reconozca como principio el federalismo dentro de un texto constitucional, díganme ustedes, ¿cuál federalismo? O sea, si no lo desarrollamos, no es autoaplicativo, con lo cual estamos en presencia de un elemento que es propio de un principio que tiene una naturaleza más política que jurídica. Por tanto, es más abierta para los efectos de su desarrollo y para los efectos de su interpretación.

En cualquier caso, tengo la impresión de que estos principios, sí son indispensables los unos y los otros y deben estar presentes dentro del texto constitucional, porque los principios, ambos, los de naturaleza puramente jurídica, por así decirlo, y los de naturaleza política o suprajurídica si se le quiere llamar así, son principios que reflejan algo que tienen que estar en una Constitución que tenga pretensiones de éxito, y las constituciones que tienen pretensiones de éxito tienen que reflejar en sus preceptos, algo que se denomina por alguna doctrina el acuerdo en lo fundamental; o sea, los principios y, de hecho, el capítulo primero en este índice provisorio habla un poco de eso, de los fundamentos, de los elementos fundamentales del orden constitucional. Bueno,

tienen que reflejar un mínimo acuerdo sustantivo. ¡Ojo!, mínimo; no estamos hablando de máximo, porque esto no es ni puede transformarse en un programa político, sería antidemocrático, pero un mínimo. Esto significa, además, de que tiene que ser algo más que un mero acuerdo procedimental.

Ahora, buscar cuáles son esos mínimos es una tarea compleja, desde luego, y que, por cierto, uno podría aportar en un trabajo como el que están haciendo ustedes, pero que también va a ser objeto de un debate político, que es lo propio de lo que ocurrirá probablemente en el Consejo Constitucional que trabajará junto a ustedes a contar del 7 de junio, pero me parece que también es una reflexión importante de hacer y de tener en consideración.

Dicho eso, en esta presentación quiero hacer una reflexión ya un poquito más aterrizada y ese aterrizaje lo hago a propósito de lo que yo allí pongo como antecedentes para esta reflexión. Antecedentes que son los que yo denomino los principios esenciales del derecho constitucional.

Nada de esto es nuevo, mis colegas ya lo han dicho, lo que pasa es que yo lo puse títulos bonitos para hacerle un poquito más entretenido y distinto, pero eso es lo que ya se ha dicho de principios esenciales del derecho constitucional, tradición constitucional chilena, de la cual, creo, además, que uno puede derivar la existencia de estos principios generales del derecho constitucional chileno.

La expresión "tradición constitucional" recién la utilizó Miriam. El modelo de algunos sistemas constitucionales prestigiosos, algunos, no son todos, ni muchísimo menos, pero probablemente por un problema de formación profesional acudo a Alemania, España, Francia, sin perjuicio de que obviamente también hay otros sistemas constitucionales que son muy prestigiosos.

Por último, también acudo a un documento que probablemente ya pasó a la historia sin pena ni gloria; se trata de un documento que suscribimos un grupo de profesores de derecho y de profesores de ciencia política en junio de 2022 y que denominamos "Manifiesto constitucional" que suscribimos a propósito del anterior proceso constitucional, pero me parece que algunas de las reflexiones que aparecen allí también son extrapolables a lo que pueda ocurrir ahora.

Si pasamos a la siguiente diapositiva.

Me parece que de lo que se trata es de elaborar un nuevo texto constitucional tengo la impresión de que hay muchas razones para poder sustentar la necesidad de un nuevo texto constitucional. A algunas de ellas se refirió ya el señor Javier Couso, entre ellos, los problemas de legitimidad, los problemas de desgaste de la norma, los problemas de falta de eficacia en algunos casos, etcétera, pero me da la impresión de que, además, estamos en una oportunidad histórica para también **aggiornare**, y más que **aggiornare**, modernizar nuestro texto constitucional haciéndonos cargos de cuestiones que me

parecen indispensables en un texto que quiera regir por mucho tiempo durante el presente siglo.

El primero, la idea de dignidad humana en el sentido al que ya aludió el profesor Couso, y que no es propio solo hoy ya de la Constitución alemana, sino que también ha sido recogido en muchos otros ordenamientos constitucionales, la idea de dignidad humana y la idea de intangibilidad de la dignidad humana, que es una cuestión que está recogida, como ustedes saben, en el artículo I de la Carta Fundamental.

Me parece que la dignidad humana en un país en donde ha habido atropellos a los derechos humanos, donde ha habido una reivindicación social reciente que incluso ha dado origen al cambio de nombre de una plaza pública importante en Chile, que se ha pasado a llamar por mucha gente como "Plaza de la Dignidad", no solo responde a una especie como de clamor popular, sino que, me parece, además, es una respuesta necesaria a una realidad histórica, que probablemente no es la misma de la Alemania de la Constitución de Bonn, pero que sí resulta interesante e importante de considerar.

Aquí también rescato algo que está en el actual texto constitucional, que es el contenido esencial de los derechos y su intangibilidad, es una cláusula que, como ustedes saben, ha sido recogida en la Constitución actual, que está en el Capítulo III, a propósito de los derechos y, de verdad tengo la impresión de que calzaría mucho mejor como un principio muy vinculado a la idea de dignidad humana y, por tanto, sería interesante rescatar el principio de contenido esencial de los derechos como límite, a la actividad del legislador en concreto, que es una cuestión que nosotros recogimos de la Constitución alemana y que está recogida en otros ordenamientos constitucionales, por ejemplo, el español.

Si seguimos en la siguiente diapositiva.

Me parece que algo se ha dicho ya a propósito de la necesidad o no de incorporar dentro del lenguaje constitucional aquella realidad que va más allá del Estado.

Una forma de hacerlo, desde luego, es referirse expresamente al principio de subsidiariedad que, desde luego, yo también suscribo, que es un principio que ha sido interpretado reducidamente y por lo mismo indebidamente, porque se ha puesto solo el énfasis en un aspecto que, a mi parecer, es el menos importante, al punto que lo que da el sentido a la expresión subsidiariedad es la idea de *subsidium* -me parece que lo dijo el señor Arturo Fermandois en su presentación-, y, desde luego, eso es absolutamente contrario a la idea de meramente entenderlo como un límite y, por lo tanto, en su sentido negativo.

Después, desde esa misma perspectiva y recogiendo lo que, por ejemplo, ocurre en ordenamientos constitucionales como el alemán o el español, me parece que sería interesante un mandato dirigido a los poderes públicos, destinado a proteger especialmente a la familia, cuestión que está recogida en

ordenamientos constitucionales como el alemán, muy especialmente el alemán, porque dice que la familia es objeto de especial protección por parte del Estado, y la Constitución española, también.

En la misma línea de lo que podríamos denominar principios inspiradores del constitucionalismo y que son parte de nuestra tradición constitucional, es ineludible el reconocimiento del principio de juridicidad, tal como ha venido siendo reconocido desde 1833 en adelante, y con toda la riqueza doctrinaria, dogmática y de desarrollo jurisprudencial, que tengo la impresión de que se ha dado desde esa misma época hasta nuestros días.

También me parece que la supremacía constitucional es una cuestión que, desde luego, ya está reconocida en el actual texto y es muy importante considerarla.

Aquí quiero hacer una pequeña digresión, probablemente apartándome de lo que han dicho los colegas antes, porque es una cuestión obviamente opinable. Me parece que el principio de supremacía constitucional, entendido como la compatibilidad entre las normas positivas inferiores a la Constitución con la Constitución, y agrego: incluidos los tratados internacionales. Lo digo porque no es pacífico, en verdad, que los tratados internacionales, o alguna categoría de tratados internacionales, deban incluirse inmediatamente desde el momento de su suscripción dentro del ordenamiento constitucional, a menos que la Constitución disponga una cuestión distinta, pero lo cierto es que en modelos constitucionales relevantes -para mí, el modelo alemán me parece muy interesante-, los modelos constitucionales como el alemán; también, el italiano, y el portugués en menor medida, a través de la jurisprudencia constitucional, con toda claridad, han señalado que el rol de los órganos del Estado, comenzando por los propios órganos de control de constitucionalidad, se debe antes que todo y en primer lugar al propio ordenamiento constitucional.

Esto ha llevado, por ejemplo, a que en la jurisprudencia alemana desde 1958 aproximadamente, de allí en adelante, haya sentencia "Solange I", sentencia "Solange II"; sentencia "Maastricht"; sentencia "Lisboa", a propósito de la Unión Europea; es decir, ha llevado a que esa jurisprudencia transforme la Constitución en un parámetro de control de constitucionalidad de tratados internacionales, incluso los suscritos, o sea, un control *ex post*. En fin, considero que es un tema discutible, pero es una buena oportunidad -entre colegas- poder proponerlo, ¿no?

Después, un tema que me parece importantísimo en este proceso de modernización es incorporar los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, como criterios del control de la actuación *ultra vires*. Por lo demás, ya es un hecho que ha sido recogido en la jurisprudencia, tanto judicial como en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

También en esto coincido con lo que había expuesto recién el profesor Arturo Fermeandois, en la idea de incorporar el principio de confianza legítima, que es algo que constituye una añoranza no solamente de los profesores de Derecho Constitucional, sino que diría especialmente de los colegas, no presentes hoy, de Derecho Administrativo.

Otros principios que debieran estar incorporados. Algunos de ellos ya lo están. Por ejemplo, la idea de centralidad del ser humano y de servicialidad del Estado. Esta idea que está representada en el bien común y específicamente en esa porción del bien común, que es propia de la actividad estatal, que se denomina el interés público. Creo que esa es una cuestión esencial. En un sistema constitucional democrático, la idea de que el Estado está efectivamente al servicio de la persona, me parece que es una cuestión relevante.

La probidad y la transparencia constituyen un gran avance en las reformas constitucionales que experimentó el texto vigente en su momento; desde luego, creo que hay que mantenerlas. Agregaría allí un par de principios que dicen relación con la función pública y que están incorporados en sistemas constitucionales, como el español: el principio de mérito y el principio de capacidad, que se debiera traducir, entre otras cuestiones, por ejemplo, en el acceso a la función pública a través de concursos abiertos; en su caso, con concurso de oposiciones, en fin; salvo aquellos en que el sentido común y la eficiencia -que es otro principio que debiera estar reconocido-, ameritasen lo contrario.

Resulta clave incorporar el principio de responsabilidad en una norma como la Constitución, y cuando lo digo, lo digo a propósito de algo que si bien ya existe en nuestro actual sistema constitucional -el artículo 38, inciso segundo, a propósito de la administración del Estado; o el artículo 19, número 7°, a propósito del Poder Judicial y la actuación judicial- me parece que el principio de responsabilidad debiera ir más allá del actual encorsetamiento que de alguna manera tiene este principio en la Constitución.

Desde luego, la cláusula del Estado social y de derecho es ineludible, entre otras cosas, porque forma parte de los principios que están recogidos en el Acuerdo por Chile, y que, además, forma parte de lo que está considerado en el artículo 154 de la Constitución.

Señor Presidente, esto es lo que tenía preparado para ahora. He tratado de ser lo más sucinto posible.

Voy a dejar un documento que refleja la presentación con una propuesta, en un atrevimiento de mi parte, así que les pido disculpas de antemano. Es una propuesta de normas que podrían reflejar estos principios.

Muchas gracias, señor Presidente.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Muchísimas gracias, profesor José Ignacio Martínez.

Estamos encantados de recibir la presentación escrita, sin perjuicio de que, como ya les señalé, tenemos el apoyo taquigráfico de las actas, así que va a estar todo transcrito, independientemente de que cualquier documento adicional va a ser muy bien recibido por las señoras y señores comisionados expertos.

Hemos tenido tres expositores. ¡Cuál de las tres más claras! Les agradezco muchísimo, incluyendo al profesor Javier Couso, que ya se retiró.

Propongo a la Subcomisión, ya que disponemos de un tiempo, si así lo permiten nuestros distinguidos invitados, tener un diálogo lo más fluido posible, es decir, que hagamos preguntas específicas; quizá podemos hacer varias rondas de preguntas; no hacerlas todas de inmediato para que así, si nuestros expositores responden de manera breve, podamos tener un intercambio más fluido, más nutrido. Pueden hacer las preguntas a uno en especial o a los tres derechamente para que respondan.

Quiero abrir los fuegos, en el sentido de que me hubiese encantado escuchar al profesor Javier Couso, pero él hizo algún esbozo.

Hoy apareció una entrevista de uno de los miembros de la Comisión Experta que señala que el principio de Estado social y democrático de derecho es completamente incompatible con la subsidiariedad, al punto que perseverar en alguna dimensión que sea compatible atentaría contra las bases.

Quiero profundizar en esa pregunta muy simple.

El profesor Arturo Fermandois ofreció algunas redacciones. Si quiere sintetizar, profesor, le damos la palabra, pero aquí nosotros tenemos la provisión mixta, digámoslo así.

¿Qué quiere decir la provisión mixta? Dejar un ámbito de espacio al desarrollo de las personas para provisionar distintos tipos de bienes, distintos bienes jurídicos, materiales, en fin.

¿Hay alguna posibilidad de articular estos principios o derechamente no? Hay comisionados que sostienen que no. Lo han dicho en los medios de comunicación. Quiero escuchar la opinión de ustedes.

Esa es una primera pregunta.

¿Alguien más quiere hacer una pregunta?

Tiene la palabra el comisionado Carlos Frontaura.

El señor **CARLOS FRONTAURA**.- Señor Presidente, por su intermedio agradezco a los tres expositores su claridad, el tiempo que le han dedicado a esto, además de que han sido invitados con tan poca antelación.

Quiero escuchar a los expositores, a propósito de la clasificación que hizo el profesor José Ignacio Martínez, en esta idea de los principios jurídicos y los principios políticos. Lo digo, porque en la tradición jurídica, ya más

amplia que la constitucional la profesora Amelia Castresana, profesora de Derecho Romano, que falleció hace poco tiempo, una famosa profesora de Derecho Romano, decía que todas las sociedades han tenido sistemas de reglas jurídicas o han tenido reglas, sistemas de reglas. Siempre ha habido derecho.

Sin embargo, la característica fundamental de la sociedad romana es que fue capaz de crear un sistema de principios. Ahora, ese concepto de sistema de principios alude más bien a la idea de estos principios de naturaleza jurídica, como los que señaló el profesor Martínez Estay hace un rato, cuando hablaba, por ejemplo, del debido proceso, que permiten ir interpretando, generando un sistema, en fin.

No obstante, los principios axiológicos o los principios de naturaleza política tienen una dimensión diferente. Por ejemplo, la profesora Miriam Henríquez y, en general, todos los expositores, pero muy especialmente ella, fue muy clara en señalar la idea de que los principios constitucionales son acuerdos de una cierta sociedad o consensos. Desde esa perspectiva, por ejemplo, los criterios que durante el siglo XIX primaron en Chile, como la confesionalidad del Estado, eran parte de esos principios. Era un principio constitucional en clave axiológica, si uno lo interpretara en esa medida.

Entonces, ¿hasta dónde jugar o hasta dónde llegar con esos principios políticos? Precisamente, porque esos principios políticos expresan, en sociedades plurales como la que vivimos, valoraciones distintas por los grupos de personas.

Una cosa son los principios de naturaleza más jurídica, pero otra cosa son los principios de naturaleza más política, que hoy son menos consensuados que en el siglo XIX, son menos consensuados que en la primera mitad del siglo XX.

Yo no quiero que me delineen cuáles principios, sino más o menos qué criterios uno podría utilizar para decir que parece razonable llegar hasta aquí, y pasar eso, ya estamos hablando, quizás, de un programa, como dijo el profesor Martínez Estay.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Tiene la palabra la comisionada Fuenzalida.

La señora **MAGALY FUENZALIDA**.- Señor Presidente, por su intermedio saludo a quienes nos acompañan, a los comisionados y, por cierto, a los académicos presentes.

Agradezco sus intervenciones y exposiciones muy clarificadoras, por lo demás.

Quiero hacerle una consulta al profesor Arturo Ferandois. Yo sé que usted nos hizo algunas propuestas, pero, más allá de mantener ciertos principios, me gustaría saber cuáles cree usted -de lo que existe hoy- que es necesario profundizar, innovar o retirar, entendiendo que los principios son también una declaración del contexto en que se redacta la Constitución y que este contexto particular nace de las necesidades sociales.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Vamos a llegar hasta acá con las preguntas. Han intervenido tres comisionados; después, por supuesto, vamos a abrir con la comisionada Lagos. La idea es que podamos atender bien las preguntas y, por supuesto, después ofreceré la palabra a las comisionadas Undurraga y Peredo.

Hemos hecho tres consultas. No sé qué profesor quiere partir.

Tiene la palabra el profesor Martínez.

El señor **JOSÉ IGNACIO MARTÍNEZ** (expositor).- Obviamente, no voy a responder las preguntas que se le hizo al profesor Fermandois.

Respecto de la pregunta que hizo el Presidente sobre la compatibilidad entre Estado social y democrático de derecho y subsidiariedad, me imagino que su pregunta está motivada por una entrevista que leí hoy del comisionado Alexis Cortés. ¿Puede ser eso?

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Sí.

El señor **JOSÉ IGNACIO MARTÍNEZ** (expositor).- Pero a mí me gustó lo que dijo él; de hecho, estoy de acuerdo.

Él dice, o por lo menos lo que dice el título, y después si uno lee la entrevista, el periodista puso lo que dijo; es decir, la bajada no es solamente una bajada para vender diarios. Es así. Dice: "La subsidiariedad, tal como la hemos experimentado, es incompatible con un Estado social".

Y yo estoy de acuerdo, es así. De hecho, lo que les dije en la exposición es que el reduccionismo interpretativo de la cláusula de subsidiariedad ha llevado a un desprestigio de una cláusula que, en todos los sistemas constitucionales, en todos los ordenamientos constitucionales, si no está reconocida expresamente, es implícita. Por ejemplo, el ordenamiento constitucional de la Unión Europea -este es un tema discutible, pero lo voy a lanzar-, entendiéndolo que la Comunidad Europea ya dejó hace mucho tiempo de ser -como decía un viejo amigo mío- un mero acuerdo de mercaderes, hoy claramente es una comunidad política, de corte federal.

El principio de subsidiariedad es un principio básico en la estructura, y es un principio político y, desde luego, en aquella otra interpretación, que me parece la más importante, que es la idea de subsidio o *subsidium*, tenemos un déficit gigantesco.

Entonces, a lo mejor, una cuestión que uno podría plantear es la posibilidad de que el principio de subsidiariedad, si se reconociera como tal -yo no lo he planteado en todo caso-, pero si se reconociera como tal, que se reconociera como tiene que reconocerse; de manera que el ingenio de los colegas, a la hora de interpretar y reducirlo a un mero instrumento de protección de la actividad económica, deje de ser tal; es decir, deje de ser solo eso, porque no lo es. Yo diría que esa es la primera cuestión que me gustaría recalcar.

Entiendo que lo que dijo el comisionado Cortés es verdad y de sus palabras no se deduce que él entiende que hay incompatibilidad, sino que hay una incompatibilidad entre la forma en que se interpretó hasta la fecha mayoritariamente y la forma en que verdaderamente debiera interpretarse, a efectos de ponerlo en práctica.

Respecto de la segunda pregunta: ¿hasta dónde llegar con los principios más políticos?, que es la pregunta que hizo el comisionado Frontaura, me da la impresión de que volvemos un poco a lo que traté de advertirles en esas reflexiones previas, que no podemos llenarnos de principios, porque estamos hablando de principios fundamentales y, si todo es fundamental, nada es fundamental.

Hay que ser supercuidadosos, y yo creo que la idea de principios fundamentales debe estar estrechamente vinculada con una cuestión que mencioné, que es la idea de acuerdo en lo esencial, en lo fundamental. Aquello en lo que más o menos todos estamos relativamente de acuerdo, con matices, en fin, con todo lo que se quiera.

Desde luego, no podemos llenarnos de principios, entre otras cosas, porque los principios, muchos de ellos no son jurídicos, probablemente la mayor parte de los que nosotros podríamos traer a colación, y si se incorporan a la Constitución y si se pretende dar la juridicidad propia de una parte de la naturaleza de la Constitución, vamos a estar en problemas, porque efectivamente se van a transformar en un elemento de transformación o no transformación, entregado al intérprete, y el intérprete por regla general es el juez. ¿Y qué quieren que les diga? De ahí, al intervencionismo judicial y las actitudes antidemocráticas que pueden surgir de aquello, me parece que hay que tener muchísimo cuidado.

Creo que hay que ser, en la medida de lo posible, parco. Nueve o diez principios, que es lo que uno ve en los textos constitucionales, como el alemán, el español. El mismo texto chileno, actualmente vigente, con matices, en fin. Creo que más allá de eso sería un exceso de entusiasmo.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Tiene la palabra la profesora Miriam Henríquez.

La señora **MIRIAM HENRÍQUEZ**.- Muchas gracias, Presidente. Por su intermedio, creo que vamos a coincidir bastante con el profesor José Ignacio Martínez.

Me parece que la cláusula del Estado social y democrático de derecho, que eventualmente pudiera ser justamente uno de los principios de este capítulo, de los fundamentos del orden constitucional, no se aviene, y en esto coincido con el principio de subsidiariedad, tal como se ha interpretado en nuestro medio, no solamente por la doctrina, sino por la jurisprudencia. Y la interpretación ha sido restrictiva, por una parte, y, además, ha sido un límite a la intervención del Estado para la provisión de los bienes básicos, por ejemplo, vinculados con salud, educación, pensiones, seguridad social

en general, porque se ha interpretado justamente en esa faz negativa del principio de subsidiariedad, a pesar de ser un principio implícito.

Una de las cuestiones que planteé en mi presentación es que la definición que tiene que tomar esta Subcomisión y luego la Comisión Experta, a propósito del anteproyecto de Constitución, es si este primer capítulo va a tener un listado de principios explícitos, que diga que son principios: principio de probidad, principio del Estado social y democrático de derecho y, eventualmente, pueda decir, quizás, principio de subsidiariedad, en la medida en que se entienda por, una definición que se avenga con un Estado social de derecho. No en la interpretación que la jurisprudencia le ha dado al principio de subsidiariedad, restrictiva, y en un sentido o, más bien, en la faz negativa de este principio, o en la lógica que planteó la comisionada y profesora Marcela Peredo, en una lógica de solidaridad, que probablemente se aviene mucho más con este entendimiento de Estado social y democrático de derecho. Eso, por una parte.

No tuve la ocasión de leer la declaración del comisionado que ustedes referían, pero hago esta interpretación en principio, no sé si es una incompatibilidad, pero no como se ha interpretado, al menos en nuestro medio.

Por otro lado, a propósito de la pregunta del comisionado Frontaura, hay tantas definiciones de principios que es prácticamente imposible abarcarlas todas. De hecho, hay quienes dicen que los principios no son normas jurídicas, y el supuesto que estamos planteando es que los principios van a estar contenidos en la Constitución, van a ser principios constitucionales y van a ser normas jurídicas.

Desde ese punto de vista, pensar que los principios son acuerdos ayuda de gran manera a la definición que se puede hacer de ellos en esta mesa. Además, no son acuerdos de cualquier tipo, sino que son acuerdos políticos.

Concuerdo con lo que señala el profesor José Ignacio Martínez sobre lo mínimo y lo básico, pero, al mismo tiempo, con lo que plantea sobre lo fundamental.

Por otra parte, creo que todos estaremos de acuerdo en que esa será la lista de los principios. Probablemente, la lista será breve, pero no es algo que debiera preocuparnos. Asimismo, la mayoría estará de acuerdo en que abordemos algunos asuntos en la medida en que sean principales, fundamentales -como el nombre del capítulo lo indica: Fundamentos-, y, al mismo tiempo, básicos.

Con ello la tarea estaría lograda, sin embargo, no debemos olvidar que la Constitución no solo es un pacto político, sino también un pacto social que toma la foto de este momento. Además, debe ser un pacto intergeneracional, por lo que este listado de principios tendría que reflejar también las legítimas aspiraciones y demandas sociales.

Por eso, salvo el principio de interculturalidad, me he permitido señalar principios que no están contenidos en las bases ni en otros principios de la tradición constitucional.

La propuesta de las bases habla del reconocimiento de los pueblos indígenas y de las distintas culturas, pero, probablemente, si esta Constitución tiene que ser aplicable dentro de treinta años más, va a ser necesario, además, el reconocimiento de una interacción entre las culturas, que es lo que implica el principio de interculturalidad.

El solo hecho de que la Comisión Experta, el Consejo Constitucional, el Comité Técnico de Admisibilidad y la Convención Constitucional anterior hayan tenido una conformación paritaria da cuenta de que, probablemente, las demandas sociales de transformación que sean equilibradas con la tradición constitucional también van a demandar que las mujeres comparezcan a tomar las decisiones relevantes, en igualdad con los hombres.

En conclusión, este pacto social es la foto de este momento, pero, además, abre la posibilidad a una lógica de pacto intergeneracional.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Muchas gracias, profesora Henríquez.

Tiene la palabra el profesor Arturo Fermandois.

El señor **ARTURO FERMANDOIS** (expositor).- Señor Presidente, recojo su primera pregunta, en relación con la compatibilidad entre principio de subsidiariedad y Estado social y democrático de derecho.

Hasta ahora, hemos coincidido en muchos asuntos con los distinguidos profesores que ustedes han invitado, pero en este punto creo que vamos a discrepar.

Lo haremos por un argumento que planteé hace muchos años, en el sentido de que la forma en que la subsidiariedad se ha interpretado en los tribunales y en el Congreso Nacional es distinta de la forma en que se ha utilizado en el debate político.

Tengo la convicción de que, lamentablemente, la subsidiariedad se ha utilizado en el debate político como una consigna de crítica al consenso de políticas públicas que, durante veinte o treinta años, se produjo en el Congreso Nacional, y no como una objeción técnica a un texto constitucional que impidiera a tal o cual precepto legal nacer a la vida del derecho.

Tengo que dar ejemplos, porque, de lo contrario, esto puede terminar siendo una simple afirmación. Si nos preguntamos cuántas veces el Tribunal Constitucional, que es el órgano encargado de velar por la supremacía constitucional, en control preventivo de leyes, ha invocado el principio de subsidiariedad para invalidar preceptos en un proyecto de ley, por ejemplo,

de carácter social, podemos ver que son muy pocas las instancias en las que lo ha hecho.

En treinta años de democracia se han aprobado tres reformas laborales en torno a cinco reformas tributarias. Una en 1991, bajo la presidencia de Patricio Aylwin; otra en 2001, bajo la presidencia de Ricardo Lagos, y la última reforma tributaria importante fue la de la Presidenta Bachelet en 2016.

De estas reformas laborales, todas fueron aprobadas, salvo un precepto relacionado con los grupos negociadores en la reforma de 2016, en la cual se establecía la capacidad de los grupos negociadores de negociar colectivamente con su empleador y no como proponía el proyecto, mediante la titularidad sindical o el monopolio sindical.

Un precepto en un proyecto muy completo. En reformas tributarias nunca el Tribunal Constitucional ha invocado la subsidiariedad, por ejemplo, para detener un proyecto social. El 2014 hubo temor, debido al proyecto que contenía la llamada renta atribuida, pero se produjo un acuerdo en el Congreso que evitó un conflicto constitucional.

Si uno revisa la legislación social, ¿cuál de estas ha sido realmente impugnada y por qué? Es desde aquí en adelante donde normalmente la política diaria no ingresa, por distintas razones.

Se señalan, por ejemplo, casos en que han sido impugnados proyectos sociales; los hay, pero son muy pocos. Asimismo, se señala el proyecto de ley de subcontratación, de 2006, que velaba por el pago de las cotizaciones previsionales de los trabajadores subcontratados. Ese proyecto fue aprobado y entró en vigencia completo. La única objeción que se hizo y que el Tribunal Constitucional acogió, no por razones de subsidiariedad, fue aquel precepto que privaba a las empresas de su identidad legal, lo cual no es un problema de subsidiariedad. Además, el Tribunal Constitucional invocó el artículo 65, número 5. Es decir, seguridad social, que es una iniciativa exclusiva de este órgano. No invocó la subsidiariedad.

En materia de educación, que es la más sensible de todas, sí hay algunos conflictos, pero no son muchos ni afectan al proyecto, sino a preceptos aislados de este. Los proyectos jornada escolar completa 1 y 2, de 2004, fueron impugnados en el Tribunal Constitucional.

Solo dos preceptos legales -estamos hablando del año 2004; es decir, casi veinte años atrás- fueron invalidados por el Tribunal en un texto sumamente amplio; aquel que obligaba a los directores de escuelas a certificarse o acreditarse en cursos del Ministerio de Educación, y otro en relación con las matrículas y la capacidad de los colegios de suspender o no a los alumnos impagos en ese aspecto.

Una situación que el Estado debió asumir, pero no asumió. Se la cargó a los colegios, y el fallo, redactado por el profesor

Cea, lo que hizo fue invocar el contrato de servicios que los colegios ya tenían celebrado con sus profesores y que les producía un desbalance, naturalmente, si se producía una morosidad y el Estado no la asumía.

Si vamos a las importantes reformas de 2015, la ley de inclusión -la reforma educacional, el fin al lucro, el fin a la selección-, fue impugnada en el Tribunal Constitucional intensamente, pero este no la invalidó. Se produjo un empate de votos, dirimido, en favor del proyecto, por el presidente del Tribunal de aquel entonces, el profesor Carlos Carmona. Ahí sí hubo un debate importante sobre subsidiariedad.

No obstante, más que la subsidiariedad del artículo primero, lo que estamos discutiendo acá es el alcance de la libertad de enseñanza y el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales. El artículo 19, número 11, inciso primero. Ese fue el tema que hubo, pero no se invalidó.

Por otra parte, la reforma de educación superior no fue impugnada. El año 2018, el Tribunal Constitucional la controló forzosamente -artículo 93, número 1-, y, con ello, invalidó un precepto de un texto muy largo, pero no por razones de subsidiariedad, sino por legítima confianza, al alterarse los requisitos para seguir operando y al exigirse que todos los controladores de las universidades estuvieran declarados sin fines de lucro. En resumen, esa fue una argumentación civil. Y así, suma y sigue.

De los casos del Tribunal Constitucional en los que se ha invocado la subsidiariedad, sorpresiva y curiosamente, el más importante es el caso del Liceo Experimental Manuel de Salas -año 2002-, donde el Tribunal hizo un largo desarrollo de lo que es el principio de subsidiariedad, para rechazar el requerimiento.

Finalmente, autorizó que ese liceo fuera trasladado desde la Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación (UMCE) a la Universidad de Chile.

Hago presente que en todos estos casos estoy hablando de control preventivo, no de inaplicabilidad, que, naturalmente, corresponde a otro tenor.

Dado que la objeción a la subsidiariedad busca impedir el libre flujo y discusión democrática que imposibilitaría que las leyes se aprueben por razones de un principio, solo me referiré al control preventivo. Ahí, los casos más importantes en los que se cita la subsidiariedad, en última instancia, son los casos: *People Meter 1 y 2*.

Ambos proyectos lo que hacían era prohibir la medición de audiencia en línea por parte de los concesionarios de televisión abierta; un sistema bastante intrusivo de su capacidad de organizarse.

Ahí sí se citó la autonomía de las sociedades intermedias y el principio de proporcionalidad, con aquella famosa frase que decía que esto era como prohibir el termómetro para que le baje

la fiebre a la persona; si la televisión no tiene buena calidad, no podemos imputarla a un instrumento que mide.

Esos son los casos en que se ha aplicado la subsidiaridad.

Más atrás todavía, hace veinticinco años, tuvimos el caso ley de prensa, rol 226, de 1995, donde, efectivamente, se formuló por primera vez el concepto de autonomía de las sociedades intermedias, en aquel voto de los considerandos 28° y 29°.

¿Por qué ocurrió esto? Porque el proyecto de ley lo que venía proponiendo era trasladar a los tribunales la selección de lo informado; aquellas noticias que fueran deliberadamente omitidas se podían reclamar ante un tribunal, para que el tribunal obligara a los medios a publicar.

Esto fue estimado contrario a la libertad de expresión y se citó a la autonomía de las sociedades intermedias, como un complemento. Eso ocurrió hace más de veinticinco años.

Mi convicción es que no hay una incompatibilidad; pero no solo no la hay, sino que, en la práctica constitucional, no ha habido un problema con la subsidiaridad real, en treinta años de control. Lo que ha habido es una interpretación que hace el Congreso Nacional de las políticas públicas sectoriales. Eso es todo.

Hemos tenido debates muy interesantes con el profesor Ruiz-Tagle y el profesor Pardow, de la Universidad de Chile, sobre si el artículo 19, número 21, impide el despliegue del Estado en materia empresarial; arduos debates.

Pero si revisamos cuántos proyectos de ley de Estado empresario se enviaron en los treinta años de democracia, solo encontramos el proyecto de AFP estatal, de 2014, redactado por la Presidenta Bachelet. Es decir, ni siquiera se han enviado proyectos. Esta es la dicotomía que tenemos al momento de juzgar la subsidiaridad.

Dicho esto, acepto y constato que hay una objeción que se estima, se entiende y se percibe de otra forma. Por lo tanto, planteo aquí mismo que se debe ver cómo resolver el problema.

En otro orden de ideas, la comisionada Fuenzalida me preguntó sobre qué principios renovar, extraer o profundizar.

Al respecto, coincidí totalmente con el decano José Ignacio Martínez, quien plantea que se debe agregar el principio de responsabilidad estatal. En efecto, creo que hay que agregarlo, ya que solo está subyacente en los artículos 6 y 7, y en el artículo 38, inciso segundo.

Asimismo, se refirió al principio de protección de la esencia de los derechos, el cual también me parece muy importante. Está aceptado en Europa, desde luego, y nosotros lo tenemos en el artículo 19, N° 26, donde, en rigor, solo obliga al legislador. Por cierto, se ha extraído una doctrina que también obliga al resto, pero sería muy útil trasladarlo a un capítulo inicial.

También hemos planteado que corresponde un reconocimiento a los pueblos originarios, sea de la forma que plantea la profesora Miriam Henríquez o de otra, en convivencia con la unidad de soberanía, que es lo que plantean las bases del artículo 154. Sin duda, puede ser naturalmente oportuno abordar ese punto.

Además, como también propusimos, se puede agregar el principio de proporcionalidad.

¿Qué es lo que se puede extraer?

Hay trabajos, como el del profesor José Manuel Díaz de Valdés, que proponen que la base de la institucionalidad del artículo 9, es decir, la afirmación de que el terrorismo es esencialmente contrario a los derechos humanos, no tiene el carácter realmente de un principio dogmáticamente aceptable en derecho constitucional. Es respetable esa opinión, pero lo que ocurre es que las bases de la reforma que rige a esta Comisión Experta lo incluyeron; entonces, me parece insalvable el punto y debe contenerse.

Hay algunos, entre ellos, la Convención Constitucional, que han propuesto que los emblemas nacionales no debieran estar, porque no tienen el rango axiológico necesario. No obstante, considero que estos son un símbolo de unidad; España lo tiene respecto su bandera, con colores y todo, y también las comunidades autónomas.

Entonces, ahí hay espacios que se pueden analizar para estos efectos.

Por otro lado, el comisionado Frontaura me preguntó sobre la distinción entre principios políticos y jurídicos.

El profesor Verdugo y el profesor Nogueira, en su obra muy socorrida *Derecho constitucional*, distinguen las bases de la institucionalidad en jurídicas, políticas, dogmáticas y técnico-jurídicas. En las técnico-jurídicas consideran, desde luego, los emblemas nacionales, la forma de Estado, es decir, que Chile es un Estado unitario y en la ley propenderá su administración funcional y centralmente descentralizada, etcétera. Todo el tema de la descentralización lo plantea como un principio de carácter técnico-jurídico, no así en los demás.

Yendo al fondo de su pregunta, recogiendo lo que se ha dicho acá, para que en un principio dogmático tenga el honor de registrarse en este capítulo, es necesario que se intensamente compartido, con una especial adhesión. En eso, no puedo estar sino de acuerdo.

Otros principios del resto de la Constitución podrán señalar rumbos o abrir espacio a innovaciones, pero los que se incorporan en el capítulo primero, estimo que deben tener una consolidación dogmática transversal muy fuerte.

Por eso, creo que sus ejemplos del siglo XIX son pertinentes, en el sentido de que, en aquel tiempo, era un principio

altamente compartido, pero, cuando deje de serlo, como sugería la comisionada Yáñez, la reforma lo extraerá.

Con todo, si llega el minuto de plantear principios puramente políticos, que no tienen este atributo, creo que se estaría cometiendo un error.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Muchas gracias, profesor Fernandois.

Tenemos, todavía, algunos minutos para hacer una segunda ronda de preguntas.

Tiene la palabra la comisionada Verónica Undurraga.

La señora **VERÓNICA UNDURRAGA**.- Señor Presidente, es interesante lo que han señalado los profesores Martínez y Couso respecto de que el principio de subsidiaridad, como se ha aplicado hasta ahora, sería incompatible con el principio del Estado social y democrático de derecho que tenemos que respetar en este proceso constituyente.

Sin embargo, si bien entiendo lo que sería incompatible, no logro comprender qué versión o comprensión de concepciones de principios de subsidiaridad podrían ser compatibles con ese punto.

Como no quiero que sea una discusión demasiado abstracta, sobre todo porque espero que la ciudadanía se interese y escuche estas exposiciones, quiero plantear una pregunta, a la luz de una entrevista que le hicieron a la comisionada Bettina Horst hace unos días, en la que incluyó el principio de neutralidad dentro de esta nueva versión o de la versión que ella entiende de subsidiariedad.

Dicho esto, quiero plantear la pregunta con un ejemplo muy concreto: si el Estado considera que tiene que poner colegios en un determinado lugar del país, el Estado tiene un mandato, como bien se dijo acá, para que todos los ciudadanos, especialmente las niñas y los niños, puedan desarrollar todas sus potencialidades, para que tengan bienestar, para que tengan una educación de calidad, etcétera, entonces, va a poner colegios en un determinado sector. Y el Estado, por supuesto, tiene que cumplir con ciertas reglas de calidad básicas, porque le interesa tener políticas públicas efectivas que logren su objetivo, etcétera, y va a gastar, no sé, 10 pesos por niño, por decirlo de alguna manera.

Si llega un privado que, en razón de la libertad de desarrollar establecimientos educacionales, principios de subsidiariedad, etcétera, quiere instalarse en ese mismo sector, ¿hasta qué punto el Estado está obligado, teniendo, como siempre un presupuesto limitado, a subsidiar a ese privado o a dar un tratamiento neutro a la forma en que funciona un colegio estatal y privado? y ¿hasta qué punto puede establecer regulaciones al colegio privado -porque yo creo que aquí nadie quiere evitar distintos proyectos educativos- de calidad, por ejemplo, regulaciones de infraestructura, regulaciones de distinto tipo a ese colegio? Lo pregunto, porque el riesgo que

yo veo es que, en el fondo, estableciendo un principio de neutralidad y estableciendo, además, como se ha entendido... Y aquí yo creo que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional hay que verla no solo respecto del control preventivo, sino respecto de una inaplicabilidad también, porque cuando hay una inaplicabilidad, precisamente... Los casos de inaplicabilidad son casos en que personas privadas o instituciones privadas se ven afectados en sus derechos, en sus intereses privados por la aplicación de una ley estatal y piden que se declare inaplicable una ley democráticamente aprobada para su caso en particular. Incluso encuentro que en los casos de inaplicabilidad es donde más se nota la tensión entre la defensa de intereses privados, aludiendo a libertades, a la protección de los grupos intermedios, entre otros, y cómo tensiona o cómo se dice que en el fondo la legislación democráticamente aprobada estaría afectando esas libertades.

Entonces, mi pregunta concreta es, en un caso como ese o en uno similar, la nueva versión del principio subsidiariedad, ¿cómo se evitaría que el Estado perdiera la posibilidad de adoptar e impulsar políticas públicas y de utilizar sus recursos de manera tal de impulsar una política, como se hace en Europa? Porque en Europa, por ejemplo, se aceptan los distintos proyectos educativos, pero no se obliga al Estado a entregar los mismos recursos.

Yo sé que me podrían contestar que el Estado, muchas veces, puede dar más, porque se hacen asignaciones especiales por los niños más pobres, etcétera, pero ahí yo tengo un tema, en el sentido de si realmente se está pensando solo en focalizar la extrema pobreza o si se está pensando de verdad en poder impulsar una política educativa en igualdad. Entonces, ¿qué pasa con el tema de la neutralidad y la compatibilización de las libertades individuales con el bien común?, que es el Estado, que nos representa a todos, debiera perseguir y ¿cómo funcionaría ese principio de subsidiariedad versión 2.0 en esos contextos?

Perdón, yo tenía otra pregunta distinta. ¿La puedo hacer?

Yo creo que los profesores invitados pueden coincidir en que nuestra sociedad tiene desafíos muy serios en términos de igualdad, sobre todo, y de inclusión de muchos grupos; y son desafíos que requieren un impulso, que requieren, a mi juicio, por lo menos, que la Constitución establezca como principio el hecho de que debiéramos, como comunidad, caminar hacia una transformación, desafíos que tienen que ver con, por ejemplo, como decía la profesora Henríquez, la plena inclusión de alguna manera y crear esta interculturalidad con los pueblos indígenas; con un déficit de representación histórica de las mujeres, por ejemplo, en las esferas políticas y públicas en general. No porque se han aprobado reglas de paridad específica significa que eso esté instalado en la sociedad, etcétera.

Entonces, ¿hasta qué punto solo hay que recoger principios tradicionales?, con lo que estoy de acuerdo, pues la gran mayoría de los cuales yo comparto con ustedes, pero ¿hasta qué

punto una Constitución no debe también, siendo un pacto social y atendiendo lo que dijo la profesora Henríquez, establecer principios que guíen hacia dónde queremos ir pensando en los déficits que tenemos?

Muchas gracias.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Gracias, comisionada Undurraga.

Comisionada Lagos, tiene usted la palabra.

La señora **CATALINA LAGOS**.- Muchas gracias, Presidente.

Por su intermedio, agradecer esta última ronda de exposiciones y de respuestas.

Una muy breve reflexión primaria en torno a cómo estos principios que debemos reconocer y consignar en los fundamentos del orden constitucional -bueno, mañana vamos a tener claridad respecto de cuál será, en definitiva, el nombre del capítulo que vamos a tener que abordar- tienen que ser ampliamente compartidos y tener una especial adhesión, ya que tiene que haber ahí un acuerdo en lo esencial.

Una primera apreciación, a propósito de lo que se planteaba y lo que está sobre la mesa, es que el significado, el contenido del principio subsidiariedad, no es unívoco, lo que supone una complejidad al momento de evaluar si consignarlo o no constitucionalmente. Hay una manera en que se ha interpretado, se plantea, pero también tiene otra dimensión distinta.

Ha habido una comprensión de este principio de una forma en la jurisprudencia, pero otra comprensión en el debate público y eso supone una complejidad, porque -como dije- no es un principio unívoco, de manera tal que llegar a un acuerdo en este espacio respecto de su incorporación supone una complejidad superior.

Agradezco la pregunta que planteaba la profesora y comisionada Undurraga, porque efectivamente en este espacio queremos hacer un diálogo sincero, respetuoso y queremos entender las posiciones. En esa lógica de entender las posiciones y para comprender bien a qué alude este principio de subsidiariedad en esta vertiente, que no es como se ha interpretado hasta ahora, sino que como podría proyectarse hacia el futuro, es que quería hacer la consulta.

El profesor Fermeandois planteaba que el principio de subsidiariedad es un criterio de distribución de competencias y, en ese sentido, hago la consulta.

Un principio de distribución de competencias entre instituciones políticas, como se ha entendido en Europa o dentro de la sociedad -para entenderlo bien- ¿podría, por ejemplo, el principio de subsidiariedad entenderse como un criterio de distribución de competencias entre el gobierno central y las entidades locales o regionales, o solamente alude a la distribución de competencias dentro de la sociedad,

distinguiendo al Estado, por una parte, y a los privados, por otra, en su acción para satisfacer necesidades?

Por otra parte, plantear a todos los profesores la consulta de si una Constitución que habilita una democracia constitucional debe consagrar solo una forma única de relación entre Estado y sociedad, como sería el principio de subsidiariedad, como se ha entendido hasta ahora, o si habría un problema de priorización o jerarquización de una visión holística, en verdad, habiendo otras igualmente legítimas.

En definitiva, ¿por qué trasladar esa decisión a rango constitucional y no entregarla a la deliberación democrática?

Esa es mi pregunta.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Muy bien.

Señora Peredo, ¿quiere hacer alguna consulta a los invitados?

Tiene la palabra.

La señora **MARCELA PEREDO**.- Como no solo de subsidiariedad vive el hombre, yo quisiera agradecer, por su intermedio Presidente, la grata exposición de profesores a los que uno les tiene un profundo cariño y mucho respeto, pues nos conocemos hace muchos años.

Tengo una duda respecto del punto referente a los tratados internacionales.

Me parece que el artículo 5° siempre ha sido una cuestión que se ha debatido largamente y, aprovechando la experiencia y el conocimiento de estos grandes profesores, yo les quisiera preguntar en ese sentido ¿cómo ven la idea de, a través de una cláusula, o la necesidad o no de una, que exprese eso?, porque hay ríos de tinta en la doctrina constitucional chilena, de la cual soy respetuosa y, en ese sentido, puede ser una alternativa que también nos ayude a elaborar una nueva Constitución. Quizá, tenemos la oportunidad, a partir de esta ocasión, de revisar eso o, tal vez, puede ser que se quede tal como está. ¿Se puede establecer alguna cláusula, como dije, o dejarlo también a la doctrina? El derecho tiene varias fuentes.

En ese sentido va mi pregunta.

Gracias.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Muchas gracias, comisionada Peredo.

Entonces, abrimos el espacio para que nuestros profesores puedan responder.

Profesora Henríquez, tiene usted la palabra.

La señora **MIRIAM HENRÍQUEZ** (expositora).- Muchas gracias.

Estaba aprovechando de buscar la pregunta sobre el artículo 5° actual y vigente, porque el jueves voy a exponer sobre este tema, a propósito de la base constitucional, que refiere que la soberanía -no el ejercicio, como decía el profesor

Fernandois- reconoce como límites la dignidad humana y los derechos contenidos también en tratados internacionales.

Yo creo que es una oportunidad -y lo señalaba en mi presentación- para que se establezca como un principio algo a lo que, de alguna manera, ha ido transitando el Estado chileno, que es un Estado abierto al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y las vías para afirmar esa apertura son justamente las llamadas Cláusulas de apertura al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que no es una, sino una gama distinta, que tienen distintos efectos, y justamente dentro de esa gama una alternativa, que probablemente es la de mínima, es el establecimiento de cuál es la jerarquía -cualquiera sea que se defina, pero, al menos, definir esa temática- de los tratados internacionales, en general, y de los tratados internacionales de derechos humanos, en particular.

Creo que es una discusión que está instalada en nuestro medio desde la vigencia de la Constitución de 1980, que solo se acentúa a partir de la reforma de 1989, que algo se morigeró con la reforma de 2005, pero en cada oportunidad y siendo una cuestión tan relevante sigue sobre la mesa como un fantasma que creo que es hora y oportunidad de resolver. Esa es una alternativa.

Otras alternativas tienen que ver con la posibilidad de establecer una cláusula de derechos no enumerados, presente en otras constituciones, y también, a propósito de los principios, es decir, una afirmación que el listado de derechos que se establezca en la Constitución no es una lista taxativa ni supone la negación de otros derechos. Esa es una posibilidad también de apertura al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, una fórmula de interpretación pro persona que permite esa disposición y hay un conjunto de alternativas posibles - estaba justo buscando- que nos permiten eventualmente más adelante tener esa gama de reflexiones y de principios en la Constitución; resolver eventuales conflictos entre una norma legal y una norma contenida en un tratado; dinamizar el derecho interno conforme a los estándares de protección internacional; resolver lo que ya se hace a nivel nacional, que es el control de convencionalidad. En Chile la Corte Suprema, en varias ocasiones, ya ha hecho control de convencionalidad, un diálogo más fluido. En fin, creo que esta es una oportunidad de resolver esa temática.

Y a propósito del principio de subsidiariedad, me parece que la sola discusión que tenemos aquí sobre si es o no compatible con el Estado social y democrático de derecho, hace aconsejable no establecerlo como un principio constitucional. Porque si pensamos que los principios constitucionales son acuerdos sobre lo básico y lo fundamental, todo indica que esta sola discusión no es para cerrarla, sino que difícilmente haya un acuerdo sobre si hay o no compatibilidad, en el entendido que ya la jurisprudencia y la doctrina lo han interpretado de una forma.

Yo quisiera señalar que, así como el profesor Fernandois hizo una referencia a fallos del Tribunal Constitucional, donde se ha interpretado de una manera el principio de subsidiariedad, también hay otras sentencias donde este principio se ha interpretado en un sentido distinto.

Entonces, hay una discusión sobre qué se entiende por principio de subsidiariedad, de tal forma que, si establecemos como principio el Estado social y democrático de derecho, y ya hay dudas sobre la compatibilidad del principio de subsidiariedad, parece aconsejable, a propósito de la interpretación que ya está presente en ciertos tribunales y particularmente en el Tribunal Constitucional, no establecerlo.

En algunas ocasiones, para lograr el acuerdo en una Constitución se establecen normas que son contradictorias. Es una manera de llegar a un acuerdo, es establecer normas contradictorias; y otra forma de llegar a acuerdos es, cuando no lo hay, diferir el acuerdo.

Pero en este caso no es una institución nueva, sino que es una institución que ya está instalada y que tiene un cierto sentido. Entonces, me parece que va a ser absolutamente difícil desmontar una jurisprudencia que ya está arraigada por tantos años en nuestro medio, a menos que -y espero que esta idea se haya interpretado adecuadamente cuando la reflejé- se diga en la Constitución que el principio de subsidiariedad se entiende en su faz positiva, es decir, que el Estado intervenga cuando los particulares no puedan, no quieran o no lo estén haciendo conforme al bien común, que es, en general, la manera de interpretar el principio de subsidiariedad que no ha tenido tanto espacio en nuestro medio.

Muchas gracias.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Muchas gracias, profesora Henríquez.

Profesor Martínez, tiene la palabra.

El señor **JOSÉ MARTÍNEZ** (expositor).- Gracias, señor Presidente.

Yo quiero también hacerme cargo de las muy interesantes preguntas que hicieron las comisionadas Undurraga y Lagos con relación a lo que plantean -dicen más o menos lo mismo- sobre el rol del principio de subsidiariedad, su conveniencia, en fin.

Está claro que el principio de subsidiariedad en su operatividad claramente hay, al parecer, una disociación entre lo que pudiera ser la práctica; incluso, don Arturo Fernandois nos ha expuesto algunos casos sobre control preventivo, que son interesantes y que mostrarían que, en verdad, no ha sido un obstáculo, pero pareciera también que, en sede de control concreto, uno podría visualizar... Porque, por lo demás, los abogados evidentemente acudimos a todos los argumentos que puedan servir para defender los derechos de nuestros clientes.

En sede de inaplicabilidad pareciera que el principio de subsidiariedad sí puede servir claramente para también defender los derechos de nuestro representado.

Lo segundo a considerar.

Es evidente que, independientemente de quien tenga la razón desde el punto de vista estadístico-práctico, no me quiero meter en eso, porque yo no he hecho el estudio -confío en lo que dice don Arturo y también en lo que dice doña Miriam-, pero evidentemente estamos frente a un escenario en donde, al menos, -y en esto creo que también don Arturo ha dicho una cosa muy interesante- desde el punto de vista político hay una clara disociación entre lo que unos y otros entienden por subsidiariedad.

Se ha transformado en una especie como de ogro, una especie como de "Shrek" del derecho constitucional chileno el principio de subsidiariedad en los últimos 30 años. ¿La razón? Es porque unos entienden una cosa y, otros, entienden que precisamente la defensa de eso le ha hecho mal, por ejemplo, al desarrollo social del país.

¿Qué quiero decir yo? Independientemente de que se reconozca o no el principio de subsidiariedad, sin subsidiariedad no puede haber comunidad política y no puede haber política, porque, de lo contrario, en la práctica, significaría que estaríamos entregando todo, en último término, a la decisión del Estado: qué hacer y qué no hacer. Entonces, me parece que eso es antipolítico en último término, y sería una contradicción con los fines propios de una Constitución.

Me parece que el tema va un poco por el lado de lo que dice Miriam: la subsidiariedad no puede entenderse como un impedimento -y con esto respondo a la comisionada Undurraga- para el actuar del Estado.

A propósito de lo que plantea la comisionada Undurraga, como un ejemplo muy interesante en materia de educación, quiero acudir nuevamente a ejemplos comparados. Ustedes me van a excusar que acuda a eso, pero me da la impresión de que, por ejemplo, en materia de educación, los sistemas de provisión mixta que existen, por ejemplo, en España o en Holanda, son un claro ejemplo de que es perfectamente compatible la existencia de un Estado presente -porque su deber es ese- vía subsidiariedad en sentido positivo, y un Estado que también es capaz de respetar proyectos educativos que son consecuencia de una libertad fundamental, que probablemente estará en el futuro texto constitucional, que es la libertad de enseñanza.

Ahora, en cuanto a la determinación de los montos que deben asignarse vía directa por el Estado a sus establecimientos, o a los establecimientos privados, me da la impresión de que ese es un debate que, desde luego, escapa a lo que un modesto profesor de Derecho Constitucional como yo les puede ilustrar, pero, desde luego, forma parte de las políticas públicas, y en un sistema democrático habrá que esperar el debate legislativo y que decidan esas materias, y con toda libertad, desde luego.

Los derechos y libertades, todos, tienen límites; todos los derechos y libertades tienen límites, y esos límites vienen dados por su configuración, pero también por el respeto, como contrapartida, a su contenido esencial.

¿Recibir menos subsidio del Estado atenta en contra del contenido esencial de la libertad de enseñanza? A mí me parece que no. Habrá que verlo, desde luego, si se elimina totalmente o no, pero esa es una cuestión discutible y que habrá que sopesar en cada momento.

La proporcionalidad. Por eso yo sugería que se incluya la proporcionalidad como un criterio de medición de la licitud de la actuación de los poderes públicos. Porque si la proporcionalidad lleva a un grado de intervención que hace desaparecer el derecho a la libertad respectiva, desde luego, tendremos ahí una muy buena salvedad de los derechos y libertades respectivos.

La subsidiariedad debe existir, es obvio que tiene que existir. Leí en la prensa, me parece que de ayer, que el Ministerio de Salud anunció una medida que creo que todo el mundo ha aplaudido, que es derivar 30.000 cirugías que están pendientes en el sistema público de salud al sistema privado. Bueno, eso es subsidiariedad, es obvio y está bien que sea así.

Lo que ocurrió durante la pandemia, cuando los establecimientos públicos -porque la pandemia fue como fue- no daban abasto, y fue todo el sistema el que tuvo que ponerse a disposición del interés público, del interés general, que es aquella porción del bien común que debe perseguir el Estado, y se cumplió, y parece que de manera bastante impecable.

Entonces, raya para la suma, tengo la impresión de que la existencia del principio de subsidiariedad, expreso o implícito, es inevitable, y, haciéndome cargo también de una acotación muy interesante que hizo la comisionada Lagos, es evidente que, por ejemplo, el principio de subsidiariedad despliega un potencial enorme en el ámbito de la distribución de poderes.

En un sistema de separación de poderes es evidente, y es allí donde, por ejemplo, en Europa se le da una gran relevancia, desde el punto de vista de las relaciones de la Unión Europea, al principio de subsidiariedad como criterio de distribución de competencias, a quién le corresponde, porque, desde luego - y eso es lo interesante, a mi juicio, de este principio-, la mayor proximidad al ciudadano es lo que determina qué es lo mejor como criterio de distribución de competencias, y pensando siempre en el interés general, en el interés público.

Entonces, ahí tenemos todo un potencial y, desde luego, me da la impresión de que, en educación, en salud, en vivienda, en fin, hay un rol absolutamente ineludible del Estado, y me parece que en ese sentido no hay incompatibilidad.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Muchas gracias, profesor Martínez.

Finalmente, profesor Fernandois, tiene usted la palabra.

El señor **ARTURO FERNANDOIS** (expositor).- Muchas gracias.

Muy interesantes las preguntas de esta ronda final, e intentaremos entrar en ellas a fondo.

Respecto de la consulta de la comisionada Undurraga, Presidenta de la Comisión Experta, el tema de educación es quizás lo más interesante, y al mismo tiempo sensible, cuando se habla de aplicar la subsidiariedad, y las preguntas de la comisionada son muy pertinentes.

¿De qué forma se podría enarbolar la subsidiariedad para impedir, restringir o perturbar el despliegue del Estado en un esfuerzo educativo? Este debate ya se ha tenido y, desde luego, la respuesta inicial es que el Estado, con o sin precisión textual que se haga -recordemos que sugerí en la primera ronda que se haga una precisión textual respecto de la formulación tradicional de la subsidiariedad, para diluir esta duda que existe-, exista o no exista esa precisión textual, sí está plenamente autorizado para realizar un esfuerzo educativo por sí mismo, de la forma en que estime conveniente, a través de sus políticas públicas.

Hoy en día tenemos en la Constitución el artículo 19, número 10°, con el derecho a la educación, con un sinnúmero de convocatorias al Estado, y la libertad de enseñanza, además, tiene un inciso final que autoriza a dictar una Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza, en que se indicarán los requisitos mínimos aplicables a las distintas etapas de la educación.

¿Cuál es el punto en la educación? El punto consiste, precisamente por la advertencia que hacía José Ignacio, en no suplantar la decisión de esos padres y apoderados, si vamos a reconocer el derecho preferente de los padres a escoger la enseñanza a sus hijos, o deber, por un lado, y en no suplantar el ideario educativo, es decir, que el núcleo del ideario educativo, que forma parte del centro de la creación de las ideas y de la convivencia democrática, que existan numerosos idearios educativos, no se vea alterado en su esencia.

¿Significa ello que el Estado legislador no puede colocar requisitos de calidad, si al mismo tiempo va a desprenderse de recursos vía subvención? Por supuesto que no significa eso.

El Estado está obligado a cuidar esos recursos mediante estándares de calidad. Eso fue lo que inspiró, obviamente, la creación de la Comisión Nacional de Acreditación, y eso es lo que inspira las reformas educacionales, especialmente la escolar.

¿Qué estaría vedado por la subsidiariedad en ese caso? Ingresar con tanta intensidad que, en definitiva, el Estado suplante el ideario educativo. Ese es el primer problema que tendríamos. Eso fue lo que se debatió en el rol 2787 del año 2015. Ahí, entonces, estamos negando un elemento central, no a la libertad económica; estamos negando una libertad a la discrepancia educativa.

¿Puede el Estado, a través de leyes, imponer determinados contenidos mínimos que parecen indispensables? Bueno, puede y debe.

Puede imponer algunos temas tópicos, y lo está haciendo, y algunos de ellos producirán debate, pero nadie podría sostener que el Estado no puede hacerlo. Lo que no puede hacer es intervenir, suplantar o pautear el ideario educativo, porque eso sería el fin de la democracia.

¿Qué más propone la subsidiariedad que no pueda ocurrir en materia educacional? Bueno, el centro del debate de la reforma escolar fue la selección de las escuelas por parte de quienes ingresaban a ellas, los padres y apoderados. Ideario educativo, libertad para elegir.

Ahora, si el Estado está colocando subvenciones intensamente, ¿tiene derecho a garantizar que no exista discriminación arbitraria en esa selección? Claro que tiene derecho; lo propone, desde ya, el artículo 1° de la Constitución, así como el artículo 19, número 2°. No podría, en ningún caso, haber una discriminación arbitraria.

¿Qué entendemos por discriminación arbitraria? Lo verá la jurisprudencia, compatibilizando la libertad para abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales, con el derecho del Estado de precaver discriminaciones arbitrarias. Ahí, inclusión, obviamente, es un tema.

De hecho, el porcentaje de inclusión en el proyecto de ley era de 10 por ciento, etcétera; ahí está el juego, pero una cosa distinta es sostener que la subsidiariedad impide esto. No lo impide, sino que lo gradúa y lo somete a una distribución de competencias.

Usted también preguntó, comisionada, en relación con nuevos principios que pudieran considerarse como una forma de ir, dicho en lenguaje coloquial, "empujando el carro". Es similar a lo que preguntó la comisionada Fuenzalida.

Pienso que esto sí es posible de hacer, con prudencia, pero no es aconsejable hacerlo en el capítulo inicial. Por ejemplo, si hemos de tratar el derecho a la igualdad en dos situaciones que no son arbitrarias, ahí puede ir algún juego de principios que se quiera incorporar. En materia de educación también pueden ir principios, y en materia de debido proceso pueden ir principios sectoriales.

Lo que recomiendo es que el capítulo inicial contenga principios que sí estén asentados en jurisprudencia y doctrina.

Me hago cargo de la pregunta y de la observación de la comisionada Lagos. Dado que hemos tenido una discusión, no hay consenso para el principio de subsidiariedad. Es una observación aguda que me hice en su momento, porque reconozco que hay toda una escuela crítica contra la subsidiariedad.

Pero, por las razones que ya expuso el profesor y decano don José Ignacio Martínez, pienso que lo que procede es no intentar

una reinvencción de los principios que regirán la relación entre el Estado y las personas, una refundación, sino corregir aquella mala comprensión que se pueda derivar de su actual texto. He pensado en algunas fórmulas, todas las cuales deben llevar apareado el reconocimiento a las agrupaciones sociales que la persona humana crea, y respetar sus fines y su autonomía.

Finalmente, la profesora Peredo planteó un tema interesantísimo, que es de carácter político, constitucional y técnico. La profesora Henríquez ha escrito bastante sobre esto, que es la situación de los tratados internacionales.

Aquí puedo sugerir, lo que sería el ideal de los constitucionalistas, que se zanje finalmente cuál es el rango de los tratados internacionales, en regla general y aquellos de derechos humanos. Eso sería muy bienvenido de hacer.

Por supuesto, no puedo dejar de aparejar la opinión consistente en que esos tratados internacionales, si bien son parte de los elementos jurídicos -creo que fue sabia la norma del artículo 5º, inciso segundo, después de la reforma de 1989, y desde ese momento la Constitución chilena ha quedado abierta a derecho internacional de derechos humanos-, es un problema muy grave otorgarles, a través de una Constitución dictada con posterioridad, rango constitucional a los tratados internacionales, incluso a aquellos de derechos humanos.

Lo que genera es un problema de certeza, en primer lugar, y de regularidad del control de convencionalidad.

Para hacer eso, mi primera recomendación sería que opere hacia el futuro y que tengamos un sistema de control de convencionalidad pactado, regulado, que se conozca con anterioridad, de manera de poder controlar hasta qué punto la judicatura puede llegar a imponer tratados internacionales por sobre legislación nacional.

Esas serían mis objeciones, pero creo que es un buen tema para ser resuelto con estos elementos.

No sé si habrá quedado algo en el tintero. ¿Nada?

Muy bien. Entonces, muchísimas gracias, señor Presidente.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Muchísimas gracias, profesor Fermandois.

Estamos terminando la sesión, sin embargo, el comisionado Frontaura ha pedido hacer uso de la palabra.

Tiene usted la palabra.

El señor **CARLOS FRONTAURA**.- Mucha gracias, señor Presidente.

Nuevamente, por su intermedio, quiero agradecer las exposiciones.

Solo una reflexión final, a propósito de la subsidiaridad, en relación con lo que señalaba el profesor Fermandois, que fue al núcleo al hablar de la educación.

La primera vez -al menos para mí, que he investigado el tema- que aparece el concepto de derecho subsidiario, o subsidiaridad propiamente tal, es con monseñor Ketteler, quien usa precisamente *subsidiär recht* para referirse al derecho a la educación, y nada menos que en Alemania, país que, por ejemplo, ha privado a padres de la autoridad paterna.

Como ustedes saben, en Alemania existe la prohibición del *home schooling*, y ha habido grandes debates sobre este tema y, a propósito de eso, los tribunales alemanes han suplantado la autoridad paterna, precisamente para forzar a los niños a ir a esas escuelas públicas.

Entonces, aquí está el origen y el núcleo de mucha de nuestra problemática, y no tiene que ver necesariamente con una cuestión económica.

Me pareció muy interesante esa última reflexión, porque nos puede llevar también a elaborar, o a precisar, como se dijo, más adecuadamente nuestro planteamiento.

Muchas gracias.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Muchas gracias, profesor Frontaura.

¿Profesor Fernandois? Brevemente, porque tenemos que ir cerrando.

El señor **ARTURO FERNANDOIS** (expositor).- Un botón final, que es la observación que se hizo en relación con que el Tribunal Constitucional, vía inaplicabilidad, también aplica el principio, y, desde luego, lo hace.

Pero es muy interesante el fallo rol 976, el primer fallo de isapres, caratulado Peña Wasaff, mediante el cual el Tribunal Constitucional suspendió la aplicación de la tabla de factores, precisamente entendiendo la subsidiariedad como una ayuda que debía prestar el sector privado a los afiliados.

Es muy interesante ese fallo, que abrió el primer paso de la subsidiariedad entendida de otra forma.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- De hecho, le agrego, profesor Fernandois, que en el famoso fallo de isapres 2010 el TC también señala que, como hay un deber preferente -dice el artículo 19, número 8°, de la Constitución-, la subsidiariedad se debiera entender como invertida, y que, en el fondo, el Estado tiene el rol principal. Son cosas que podemos ir explorando para la redacción.

Nos quedan cinco minutos. ¿Tenemos un documento sobre la cuenta, señora Secretaria?

La señora **MARÍA SOLEDAD FREDES** (Secretaria).- Sí, Presidente.

Durante la sesión hemos recibido un oficio de la Presidenta de la Comisión Experta, mediante el cual responde a nuestro oficio N° 2, en el cual se consultaba la posibilidad de que los invitados o invitadas a las sesiones asistieran de forma telemática, señalando que el artículo 6 del Reglamento de

Funcionamiento de los Órganos del Proceso Constitucional exige la asistencia presencial de los integrantes, pero no de los invitados, los que, en consecuencia, si así lo dispone la subcomisión, pueden asistir en forma telemática.

Eso es, Presidente.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Muchas gracias, señora Secretaria.

Tiene la palabra la señora Verónica Undurraga.

La señora **VERÓNICA UNDURRAGA**.- Muchas gracias, Presidente.

Es bien importante enfatizar -me pidió el Vicepresidente antes de tomar esa interpretación- que la interpretación es de la Mesa, no es solo mía; eso dice el Reglamento.

Estuvimos de acuerdo, especialmente, porque el espíritu y el texto del Reglamento es que nosotros estemos presencialmente, pero parecía una muy mala lectura, y con muy malas consecuencias, el que personas de regiones no pudieran venir a exponer, sobre todo profesoras y profesores de regiones.

Pero el Vicepresidente me dijo: tienes que enfatizar que los comisionados y las comisionadas sí tienen que estar presencialmente. Así que se los recuerdo, es parte del oficio.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Entendemos que es una norma reglamentaria, Presidenta, que se puede excusar cuando hay una razón suficiente. Así lo dice el Reglamento.

Muy bien. A los distinguidos invitados que nos acompañaron hoy, abriendo la primera sesión de invitados de esta Subcomisión de Principios, Derecho Civiles y Políticos; a la profesora Miriam Henríquez, al profesor Arturo Fermandois, al profesor José Ignacio Martínez Estay, y, por supuesto, reiteramos nuestro agradecimiento al profesor Javier Couso.

Muchísimas gracias.

Esta discusión fue de primerísimo nivel, también las preguntas de los miembros de la comisión. Para las personas que nos estén mirando, y para la historia fidedigna de esta discusión, al menos este Presidente queda muy contento. Creo que estamos cumpliendo el objetivo de tener el mejor debate posible, de manera introductoria, por cierto, escuchando a personas que nos puedan ilustrar.

Así que, siendo dos minutos para las seis, por haberse cumplido el objeto de la sesión, esta se levanta.

*-Se levantó la sesión a las 17:58 horas.*

**MAURICIO CÉSPED MORA,**  
Coordinador de Redacción.