



SUBCOMISIÓN DE PRINCIPIOS, DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Sesión N° 5ª, 20 de marzo de 2023

De 09:10 a 11:32 horas.

SUMARIO:

Se escucharon las exposiciones de distintos académicos de las 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 académicos que se indican a continuación, quienes expusieron en el siguiente orden:

- 1) Don Gonzalo García Pino, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado.
- 2) Doña Soledad Bertelsen Simonetti, Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes.
- 3) Don Zarko Luksic Sandoval, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Magallanes.
- 4) Don José Miguel Valdivia Olivares, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

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

CUENTA

No hubo.

ACUERDOS

No hubo.

Por haberse cumplido con el objeto de la presente sesión, ésta se levanta a las 11:32 horas.



María Soledad Fredes Ruiz
Secretaria de la Subcomisión

PROCESO CONSTITUCIONAL
COMISIÓN EXPERTA

SUBCOMISIÓN DE PRINCIPIOS, DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

SESIÓN 5ª

Celebrada en lunes 20 de marzo de 2023, de 09:11 a 11:32 horas.

(Transcripción desde archivo de audio y video - Texto en revisión)

I. APERTURA DE LA SESIÓN

-Se abrió la sesión a las 09:04 horas.

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

II. ACTAS

-No hay actas.

III. CUENTA

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

La señora **MARÍA SOLEDAD FREDES** (Secretaria).- No hay cuenta, señor Presidente.

IV. ORDEN DEL DÍA

EXPOSICIONES DE EXPERTOS INVITADOS POR LA SUBCOMISIÓN

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Hemos recibido las excusas de las comisionadas Verónica Undurraga y Magaly Fuenzalida, quienes se integrarán un poco después a la Subcomisión.

Se encuentra con nosotros el comisionado Alexis Cortés, a quien invito a que nos acompañe en esta sesión.

Hoy contaremos con la exposición de cuatro destacados profesores: doña soledad Bertelsen Simonetti, profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes; don Gonzalo García Pino, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado; don Zarko Luksic Sandoval, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de

Magallanes, y don José Miguel Valdivia Olivares, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Tal como hemos indicado a los demás expositores, la idea es escuchar atentamente -entiendo que nadie tiene que retirarse luego- a todos los expositores, siguiendo un orden alfabético. En este caso, le corresponde exponer primero a la profesora Bertelsen, quien, además, es la única mujer, pero no se encuentra presente. Por lo tanto, siguiendo el orden alfabético, vamos a partir con el profesor Gonzalo García Pino; continuaremos con el profesor Luksic, si aún no se ha incorporado la profesora Bertelsen, y terminaríamos con el profesor José Miguel Valdivia.

La idea es conocer la opinión de nuestros invitados acerca de la forma en que debieran considerarse los principios en la nueva propuesta de normativa constitucional, su importancia y contenido. Pido que ustedes puedan exponernos libremente durante quince minutos y, a continuación, los comisionados expertos haremos una ronda de preguntas.

Tiene la palabra el profesor Gonzalo García.

El señor **GONZALO GARCÍA** (expositor).- Señor Presidente, saludo a usted y, por su intermedio, a todos los expertos y expertas de esta Subcomisión y a todos los profesores que me acompañan en esta importante sesión.

Lo primero es identificar la materia de la convocatoria, y esta nos invita a hacer una presentación en torno a tres cuestiones: uno, la forma en que deberían considerarse los principios; dos, la importancia de estos, y tres, su contenido.

Yo me voy a extender, dentro de lo posible, sobre los dos primeros asuntos, y respecto del tercero, es tan amplia la referencia sobre contenido, que voy a hacer algunas referencias, y me imagino que lo demás va a ser objeto del debate propiamente tal.

La primera cuestión que quiero tratar es la relativa a la importancia y a la función de los principios, y estoy pensando no en la importancia y función de los principios en términos generales, sino para este proceso constitucional.

Evidentemente, esa importancia tiene que ver con el origen de los principios y su función dentro de un ordenamiento constitucional, estos son los fundamentos políticos y jurídicos del nuevo orden constitucional. Es una constitución política y, por ende, refleja un cierto relato; pero, por otro lado, es una norma, y hay que acentuar esa condición por sobre todas las cosas. Además, no es cualquier norma, sino una que tiene un sentido transversal que debe dominar como directriz todo el proceso constitucional.

Eso nos lleva al segundo punto, que es identificar qué tipo de normas son los principios constitucionales. Quizá la

tentación es poner cualquier asunto en el capítulo sobre principios constitucionales.

Entonces, primero haré un ejercicio que tiene que ver con la importancia de los principios y el sentido de las normas, y después voy a aplicar un mapa de principios a partir del ejercicio del derecho constitucional comparado, la tradición constitucional chilena y la exigencia propia de las bases de la ley N° 21.533.

¿Qué tipo de normas son los principios? Son normas de derecho común. Esto es muy importante destacarlo. ¿A qué se oponen las normas de derecho común? A las normas de derecho especial. No debería ser una regla incorporar normas de derecho especial en el título de principios.

Lo segundo es que se trata de normas de primer grado. Esta es una distinción un poco larga de hacer, francamente. Hay cuestiones que tienen que ver con la teoría jurídica del derecho, pero, desde el punto de vista constitucional, la diferencia entre teorías de primer grado, normas primarias y normas secundarias es algo muy sencillo: las normas primarias van dirigidas a los ciudadanos, es decir, van dirigidas a todos, y las normas secundarias son normas dirigidas a los poderes públicos. Eso en términos muy sintéticos.

En tercer lugar, se trata de normas respecto de la naturaleza. Son una mezcla de normas imperativas -ordenan hacer algo- o normas habitualmente dispositivas. Generan un espacio bastante amplio para la libertad de configuración de redes.

A partir de esto, los principios -y voy al tercer punto- son esencialmente normas de fin. Si ya eran normas de derecho común, si ya eran normas primarias, si ya eran normas, en términos generales, relativas a una dimensión más dispositiva, además son normas de fin, es decir, orientan una finalidad, pero dejan un espacio de configuración de medios bastante grande a todos aquellos que deben cumplir las normas constitucionales; en primerísimo lugar, desde el legislador para abajo.

Entonces, estas normas de fin en realidad son una acentuación del tipo de reglas que uno debe tener a nivel de principios. Eso supone que uno no puede concebir en normas de principios -valga la redundancia- el principio y solución de un problema. Ahí hay una dificultad desde el punto de vista lógico.

La cuarta cuestión es que estas normas no se deben entender en un contexto aislado de aquellos otros capítulos del proceso constitucional o de aquellos otros capítulos que ustedes ya definieron. De hecho, normalmente las reglas de principio tienen un correlato en cada uno de los otros capítulos.

Es muy poco habitual que un principio solo esté referido en la regla de principios. Lo habitual es que estos se desarrollen a lo largo del proceso constitucional.

A veces puede ser que su desarrollo no sea explícito, pero sí está abiertamente presente. Por eso, no se trata de tener

grandes principios que no dejan crecer nada debajo, cual pinos que generan sombra, pero no tienen nada. En otras palabras, principios que carecen de historia, que no producen normas y que no producen efectos; una manifestación de principios que son solo de uso retórico.

Esto es bien central a partir del quinto principio, donde, a raíz de lo que dije antes, debemos considerar una cuestión que no es menor. Como ustedes lo señalaron, en general, nuestra historia constitucional siempre ha sido más bien reacia a incorporar preámbulos. Por ello, cuando uno no tiene preámbulos, surge la posibilidad de que ciertas ideas que podrían estar en un preámbulo presionan para incorporarse como principios.

Con esto no estoy alimentando la idea de que deban tener un preámbulo -ustedes ya lo definieron-, pero uno debería ser razonable en descargar una cierta retórica de reglas, para hacer la mejor frontera posible entre la retórica y la norma. Esa frontera es bastante nítida en el derecho constitucional comparado, donde los preámbulos no son normas; son reglas que inspiran, pero no son normas.

En ese sentido, dado que los principios sí son normas, esta subcomisión tendrá que evaluar en el tiempo cómo resolver esa retórica, toda vez que, a veces, cuando no hay preámbulo, se cuelan ideas puramente retóricas, históricas y fácticas, en el proceso de principios.

A partir de ese quinto elemento, ustedes están mandatados no en relación con principios generales, sino que con principios que leen unas determinadas bases, y cuyo objeto es cumplirlas.

Ese objeto de cumplimiento de esas bases supone que identifiquemos cuáles son los principios enquistados en ellas, porque, evidentemente, no todos los contenidos que allí se establecen son principios; apenas cinco o seis lo son. Además, cabe recordar que las bases no son una mini-Constitución, aunque dejan un espacio bastante abierto desde ese punto de vista.

Por último, debemos considerar la presencia de una identidad axiológica o un esbozo de ella en las bases, ya que eso es lo que se desarrolla esencialmente en los principios.

En el sexto punto me referiré a un tema que, por ahora, no va a ser central pero puede jugar un papel fundamental en el desarrollo de este trabajo, que es cómo los principios pueden tener una determinada potencia o *peak* expansivo para llenar un conjunto amplio de materias.

En un momento determinado puede que los principios pasen a resolver omisiones, dado que jugarán un papel central respecto de si se cumplen o no las bases. En ese marco, podría generarse una cierta dimensión sobre completar una Constitución o desarrollar un anteproyecto completo en torno a las bases, lo que, a su turno, podría dejar alguna dimensión de omisión.

Sin embargo, eso hay que mirarlo a la luz de los principios, para evaluar cuáles podrían cubrir un espacio de omisión y cuáles no, porque siguen la regla de un cierto correlato o relación.

Finalmente, tenemos la función interpretativa, que creo que es lo que más consecuencias tiene.

A lo largo de nuestra historia hemos tenido principios, y, probablemente, las bases de la institucionalidad son el mejor reflejo de ellos.

De hecho, cuando uno recurre al diccionario panhispánico del español jurídico, la única expresión "bases de la institucionalidad" es la que está reflejada en la Constitución de 1980. Entonces, en torno a eso se ha desarrollado el concepto jurídico de "bases de la institucionalidad".

Las bases institucionales son directrices que acompañan y orientan todo el proceso constitucional y la ejecución de las reglas posteriores. En esa ejecución de las reglas posteriores siempre puede haber una tentación de generar una inconstitucionalidad, solo a partir de la oposición con un principio.

Esto se opone, por ejemplo, al principio de dignidad de la persona humana y al principio de libertad, entre otros, lo que es un punto de partida bien central, porque, normalmente, el control de los principios parte con la regla de principios, pero debe completarse con otro tipo de normas.

Es muy difícil sostener la inconstitucionalidad solo basándose en principios. No es propio de la naturaleza del principio y eso genera efectos de limitación muy significativos.

Esto después se retoma en la jurisprudencia de otros tribunales. Para demostrarlo, voy a poner un ejemplo, a raíz de un principio nuevo: el Estado social y democrático de derecho.

Dentro de estos principios nuevos tenemos algunas sentencias de la jurisprudencia constitucional alemana, donde oponerse a un principio no es considerado fundamento suficiente para declarar la inconstitucionalidad. ¿Por qué? Porque se asume que uno se opone a un principio desde el punto de vista constitucional, pero no le deja espacio al hecho de que es un Estado social y democrático, y que el legislador puede y debe desarrollar esa norma. Entonces, como se vulnera una regla democrática, desde el punto de vista interpretativo, no se puede construir una inconstitucionalidad directa.

Esos son mis juicios iniciales sobre la importancia y función de los principios.

A partir de este punto, considerando que fuimos convocados a examinar principios y contenidos constitucionales, voy a desarrollar los conceptos que vemos en la siguiente lámina,

que puede parecer muy compleja, pero la iremos ordenando poco a poco para abordar sus contenidos con mayor precisión.

Si bien la lámina puede parecer abrumadora, no los estoy invitando a que consideren todos los conceptos que esta señala. Sin perjuicio de aquello, es una lámina que refleja, desde la tradición Constitucional chilena y el derecho constitucional comparado, todo aquello que, en general, bajo cierta categoría abstracta, se ha incorporado como principios en diversos apartados.

Hay muchas Constituciones que tienen estos principios incorporados, pero también hay otras, igualmente importantes, que deciden no incluirlos y partir directamente con los derechos fundamentales.

En esta lámina tenemos trece capítulos. Los registros que ven destacados con color amarillo son cuestiones que ya han sido consideradas en las bases institucionales, mientras que todo lo demás aún no ha sido considerado en su redacción.

Con esto estoy diciendo que la Subcomisión debería, sin duda, considerar los puntos destacados, pero no tiene la obligación de abordar los demás contenidos, aun cuando deberían tenerlos siempre a la vista.

Antes de ir al examen de cada uno, les advierto inmediatamente sobre el mapa de principios, para que no haya un cuestionamiento metodológico, ya que, evidentemente, supone que el objetivo no es incluir todas estas materias, sino solo aquellas que parecen pertinentes.

Como podrán imaginar, las bases institucionales son obligatoriamente pertinentes, mientras que las otras materias son aquellas que se estiman propias de la tradición constitucional chilena, de las que se espera que resuelvan, desde el punto de vista del derecho constitucional comparado, alguna eventual situación.

El tercer aspecto que quiero destacar es que cuando uno habla sobre principios se debe considerar siempre primero su importancia normativa. A veces una sola palabra es suficiente.

Por lo demás, la elaboración de este mapa no es para incurrir en lo que, según mi opinión, es un error de nuestro derecho, que es describir un principio.

Cuando empecemos a describir principios vamos a tener dificultades, ya que estos tienen una potencia en sí mismos y la consideración de esa potencia, a veces, lleva más allá de lo que corresponde. Eso es el derecho constitucional.

Por el contrario, si definiéramos el principio de dignidad humana, indefectiblemente, le pondríamos un límite. Entonces, a veces solo la referencia al principio es central.

Por otra parte, esta acumulación de antecedentes puede aparecer como una tarea inabordable, pero, en realidad, en términos de texto, son solo una suma de palabras.

Finalmente, lo que identificaré aquí son ideas y no redacciones, ya que desarrollar estas últimas no es mi ámbito de competencia.

Dicho esto, iremos abordando estos puntos lo más rápido posible.

En primer lugar, me referiré a la forma de gobierno. Esta se encuentra incorporada en la primera base institucional. En ella se destacan tres puntos de obligatorio cumplimiento: República, Democracia y Soberanía Popular. Las otras cuestiones, son aspectos que pueden ser objeto de pronunciamiento o no: si es una democracia representativa, directa o semidirecta; si la vamos a calificar como participativa; si vamos a introducir la participación de partidos políticos y la sociedad civil, y si esto obedece o no a una separación de poderes. Esta es la primera regla.

En segundo lugar, tenemos el régimen de gobierno, respecto del cual tenemos una sola referencia a democracia. Ese punto ya está resuelto, sin embargo, no es la única dimensión, ya que también se debe considerar el sistema de gobierno, el cual, a veces, está incorporado inmediatamente en las bases. Así, por ejemplo, se dice que un régimen es presidencial, parlamentario, semipresidencial o que hay un principio de división de poderes. Sobre este punto, nuestras bases solo señalan que tenemos tres poderes separados e independientes entre sí.

En tercer lugar, están los principios que rigen la Constitución, lo que es muy relevante, pese a que no está contenido en ninguna base. Aprovecho de aclarar que cuando no hay referencias en el margen anaranjado, es porque ninguna base se refiere a estos puntos.

Según mi criterio, estos son aspectos centrales por una cuestión muy obvia, ya que, si son los principios de una nueva Constitución, uno de los principales objetivos de toda Carta Fundamental es regular algunas normas y principios que la rigen.

Algunos de esos principios son: supremacía constitucional, aplicación directa de la Constitución, defensa de la Constitución, eficacia horizontal de los derechos, principio de interpretación conforme y principio de proporcionalidad.

Algunos de estos -voy adelantando un juicio- no necesariamente deben estar en la categoría de principios; son principios, pero no hay ningún problema en que organicen cada capítulo. Por poner un ejemplo, el principio de proporcionalidad y el de eficacia horizontal, perfectamente, podrían estar contenidos en el capítulo de Derechos Fundamentales. El principio de interpretación conforme es más amplio, pero son todos principios claves.

A mayor abundamiento, el artículo 6° de nuestra Constitución resuelve el problema de eficacia horizontal, el alcance de los

derechos fundamentales para todas las personas y la obligación de respeto a todas las personas.

Finalmente, hay un concepto más complejo, que es el de los valores superiores del ordenamiento. Nosotros no lo decimos así, pero la jurisprudencia así lo ha interpretado.

En concreto, se dice que hay determinados valores superiores del ordenamiento, que resumen el corazón constitucional. Ese corazón constitucional es plural, porque es la articulación compleja -en sociedades difíciles- de la dignidad humana, la libertad, la igualdad, la solidaridad y la justicia, en el marco del pluralismo.

Esos son los principios que incluyo, aunque algunos puedan tener criterios de mayor o menor extensión sobre la materia. Además, debemos considerar que en esta presentación están mencionados a secas; por ejemplo, estoy hablando de la libertad y la igualdad, y no de las libertades e igualdades. De todos modos, son conceptos que forman este corazón o núcleo constitucional.

Creo que estos valores superiores ayudan y colaboran al conjunto general del entendimiento constitucional, en el mapa de los principios.

En cuarto lugar, tenemos el derecho, que es una estructura central dentro del mapa de principios. Como vemos en la presentación, nuevamente, no hay una base institucional que lo contenga, pero se señalan y explican algunos elementos que son principios jurídicos. Estos son: independencia judicial, jerarquía normativa, legalidad de la administración, respeto y promoción de los derechos fundamentales -porque esto no es solo teoría formal de derecho, sino también sustancial-, seguridad jurídica, responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad. Cabe agregar que uno puede encontrar más; la irretroactividad de las normas desfavorables, y varios otros principios.

Adicionalmente, siempre en materia de derecho, el otro problema que asoma a raíz de los principios es determinar cuáles son las relaciones del derecho interno con el derecho internacional; cómo se recibe, si hay o no una regla de primacía de la norma más benéfica, y aquí ni siquiera estoy hablando del estatuto de los derechos humanos propiamente tal.

Después de esto, viene administración del Estado.

La administración del Estado, sin perjuicio de que tenemos al profesor José Miguel Valdivia, un gran tratadista sobre esta materia, tiene principios de organización que son transversales al derecho constitucional y es muy difícil sustraerse de eso. Es central.

Por lo tanto, hay ciertos principios de interpretación del ámbito administrativo que están hoy día en las bases y, otros, que no lo están. Entonces, pongo los primeros: probidad, publicidad; responsabilidad fiscal parece ser agregado por las bases, conflicto de intereses, eficiencia, eficacia,

transparencia, legítima confianza, coordinación e impugnabilidad.

Yo tomo estos diez principios, aunque hay muchos más, pero, desde el punto de vista de la entidad constitucional, la pregunta es: ¿cuáles de estos son de una entidad, para configurar un principio, y cuáles son aquellos que organizan, por ejemplo, las bases de la administración del Estado? Ese es un tema.

Y, lo segundo, pueden ir encabezando un capítulo. Por ejemplo, todas las reglas de conflicto de interés son transversales y generan problemas constitucionales.

Simplemente voy a ponerles un problema constitucional, a raíz de todas las reglas sobre información, publicidad. Bueno, al estar en el capítulo de bases, mandatan en términos generales a todos los involucrados: personas, particulares, grupos, Estados; cuando, en realidad, las reglas normalmente sobre transparencia y publicidad son mandatorias esencialmente respecto del Estado. Entonces, la ubicación ha jugado un papel jurídico muy central.

Descentralización administrativa.

El debate sobre desconcentración, algo se dice en la base.

Poder.

Las bases dicen: soberanía limitada, dignidad humana, derechos humanos como límite, pero a eso hay que agregar si hay un debate sobre control de los límites externo e interno, lo cual supone jurisdicción internacional de los tratados internacionales ratificados por Chile; ¿cuál es el mecanismo de control de los límites del poder? y si hay o no un principio, en ese caso, de reparación integral en materia de derechos humanos.

Fines del Estado.

Aquí tenemos, obviamente, amplios debates.

En los fines del Estado solo están considerados esos cuatro -en color amarillo- y agrego ahí a los que ya he mencionado en esta exposición: desarrollo progresivo de derechos sociales, pero hay muchos más en debate: justicia social, igualdad de género, progresividad, no regresividad o prohibición de retroceso. ¿Son principios interpretativos! Son reglas que la pregunta es: ¿Se ponen acá? ¿Se van a desarrollar? ¿Encabezan el capítulo social?, etcétera.

Los fines del Estado ambientales los aislé, porque ustedes aislaron los capítulos y, al aislarlos, salta obviamente a la vista, primero, la existencia de una base y, segundo, la referencia sobre cuidados y conservación de la naturaleza y cuidado y conservación de la biodiversidad. Bueno, en torno a eso hay muchas más referencias. La referencia más genérica es protección del medio ambiente y si aplicamos o no principio precautorio y principio preventivo.

Yo podría inmediatamente decir que las reglas sobre principio precautorio y preventivo, a partir de la primera afirmación que hice, que estas son normas de derecho común y no de derecho especial, deberían ir en una regla que encabece el capítulo de medio ambiente. Pero estos son debates centrales: principio, evaluación ambiental, control ambiental, principio de responsabilidad por daños y principio de participación ciudadana que son los que articulan el derecho ambiental.

Pueblo, sociedad civil, y minorías.

Sobre esto cuatro referencias: derechos fundamentales, pueblos indígenas, cultura indígena, unidad nacional. Todo lo demás en un amplio espacio de discusión: desde la autodeterminación de los pueblos, el libre desenvolvimiento de la sociedad civil, el principio de no injerencia indebida en la autonomía individual y social, reconocimiento de la centralidad de la familia, reconocimiento de diversos grupos sociales, etcétera.

Sobre territorio, nada.

Las bases no dicen nada y las constituciones tienen algunas reglas sobre esto. A veces, sirven para describir el país, para hablar del dominio de recursos naturales, de los límites o fronteras, del poder marítimo, territorial, aéreo y espacial; de la defensa del territorio y de su integridad territorial o del control estatal de la fuerza legítima.

Lo que sí desaconsejo inmediatamente es que no puede haber referencia sobre el límite fronterizo. Eso, genera dificultades, pero aquí está mirado desde el punto de vista del poder y de la capacidad de riquezas naturales.

Forma territorial del Estado.

Está claro lo decidido, y a eso hay un debate normalmente que se le agrega la expresión "sobre desarrollo regional equilibrado" o solidaridad. Nuestra propia Constitución lo menciona.

Forma de administración territorial -eso se me fue-, pero están abiertos los principios sobre regiones, provincias, comunas, tipos de autonomías, territorios especiales y la subsidiariedad competencial, o sea, cómo se desarrolla desde el punto de vista de la competencia.

Símbolos nacionales.

Está claro y, además, ordenado.

Mi única observación en materia de símbolos es que desde el derecho constitucional comparado los símbolos, primero, son símbolos, no emblemas, porque tenemos un problema con el himno. ¡La representación emblemática son signos! Entonces, esto es una vieja discusión que ha venido planteando el profesor José Luis Cea, pero, bueno... Más allá de eso, lo nuestro en el reflejo histórico ha sido una expresión de los emblemas nacionales, a título de principios, pero completamente vacío. No tiene ninguna relevancia.

Ahora, cuando uno mira a los emblemas nacionales en otros países son nominativos. Son los emblemas nacionales de ese país. Aquí no es un himno cualquiera, no es un escudo cualquiera, no es una bandera cualquiera. ¡No! Las banderas se describen. Por ejemplo, la franja... Obviamente no voy a hacer la descripción, porque tiene que tener proporciones, pero son las proporciones tricolor, con estrella y tiene que ser identificada. Ese tipo de cosas así se precisa en el derecho constitucional comparado. O sea, no es... claro, alguien puede decir: "Bueno, vamos a tener debate.". Sí, vamos a tener debate, pero esa es la importancia de ponerlo -digamos- o los pone o los quita, pero eso de tener, en fin, cualquiera... A eso le agregan algunos la lengua y la capital. Yo entiendo que esos son problemas adicionales.

Finalmente, en el mapa de principios incorporo un conjunto de normas especiales o normas residuales -es como el residuo que tiene que ver mucho con la historia Constitucional de esos países-: principios de política exterior, separación entre Estado y religión; a veces, hay ciertas religiones con estatutos especiales, etcétera.

En el capítulo de normas especiales tenemos solo un tema: terrorismo. Las reglas sobre terrorismo, y hay algo que hacer en torno a esa.

Conclusiones.

A mí me parece que la sola referencia de principio genera concisión y permite que tú tengas un conjunto de capítulos iniciales que refieran a universos más sólidos, desde varios puntos de vista. Entre otras cosas, porque la Constitución, si tú asumes que tiene dilemas transversales, tiene que tener esa capacidad expansiva y los principios lo tienen.

Ya dije que no todos los principios deben estar puestos; creo que solo algunos; otros, pueden ir a capítulos especiales. Me parece razonable crear un capítulo sobre disposiciones especiales al final; después van a ver que eso tiene algún valor, porque eso reivindica la naturaleza del principio.

Si llegan a la conclusión pragmática, por ejemplo, de que el terrorismo es un principio, eso honestamente debilita, es una consecuencia de otro principio, y eso es una norma de principios de legalidad penal, etcétera.

Además, los principios deben desarrollarse con un correlato. Entonces, cuando uno tenga y establezca un principio, por ejemplo, reconocimiento de los pueblos indígenas, la pregunta es ¿cuál es el correlato?

Uno de los correlatos es, por ejemplo, consulta indígena. En la Constitución en un punto un procedimiento; entonces, no pueden caer en el vacío. La importancia de caer en el vacío -después podemos debatirlo- es que, a veces, nunca pasa nada con esos principios.

Hasta aquí llega mi presentación.

Muchas gracias por haberme invitado con el conjunto de estos magníficos profesores y tener la oportunidad de desarrollar esta primera idea general, que era en torno a principios en un cierto marco.

Muy amables.

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

Se agradece también el esfuerzo de una presentación.

A todos los profesores les decimos que si quieren dejar alguna minuta complementaria informe o la misma presentación, se nos hace llegar al resto de los comisionados.

En segundo lugar, tenemos a la profesora Bertelsen, a quien saludamos muy especialmente.

¿Desea usted continuar? Preferimos que usted de inmediato tome el uso la palabra para después volver a nuestro orden alfabético.

Tiene la palabra la profesora Soledad Bertelsen Simonetti, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes.

La escuchamos.

La señora **SOLEDAD BERTELSEN** (expositora).- Muchas gracias, señor Presidente.

Primero que todo, muchas gracias por la invitación y disculpas por el retraso lleno de imprevistos, propios de una madre con un niño enfermo.

Como decía, muchas gracias por la invitación para hablar sobre los principios, sin perjuicio de que quería añadir que me llamó un poco la atención también la invitación, dado que sé el estrecho calendario que tienen de 15 días para redactar las normas -y esto es un comentario como ciudadana no como profesora- y quería animarlos, en el sentido de que ustedes son expertos, sin perjuicio que quieran escuchar nuestras opiniones, pero, en el fondo, ustedes están plenamente empoderados para poder conversar, discutir los principios y ponerse a redactar, porque a mí me preocupa seriamente el calendario que tienen. O sea, yo no estaría en capacidad de estar en cuatro sesiones escuchando a gente y después tener que redactar en dos días. Así que siéntanse en plena competencia para hacerlo sin tener que escucharnos.

Yo no voy a hacer una referencia a la totalidad de los principios que deberían estar en la Constitución, sino que me voy a centrar más bien en unos pocos para poder profundizar en ellos.

Al primero, por mi área de estudio, que me quería referir era el tema de la incorporación de Derecho Internacional de Los Derechos Humanos.

Es verdad que esto se ha discutido respecto de la Constitución actual si una norma como el artículo 5°, inciso segundo de la Constitución, tiene que ser modificada o no; si tiene que haber una referencia expresa a la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos y, entonces, creo que va a ser un tema que necesariamente se va a tener que tratar y discutir.

Hasta ahora, sabemos que la norma de la Constitución vigente no dice expresamente qué jerarquía tienen los tratados, y el Tribunal Constitucional chileno ha reconocido que tendrían un rango infraconstitucional. Producto de esto, algunos han señalado que habría una posible desprotección de la persona, ya que si un derecho que está reconocido en la Constitución lo hace de forma menos garantista que es lo que se ha definido internacionalmente y la persona vería su derecho restringido. Sin embargo, a mí esta afirmación me parece que puede desconocer el carácter abierto que al final tienen las normas de los tratados internacionales de derechos humanos, porque suelen ser normas de carácter bastante amplio, con términos generales que necesitan de interpretación por parte de los jueces y, muchas veces, también necesitan concretización por parte del legislador. O sea, a mí me resulta difícil identificar normas de tratados que estén en contradicción abierta con normas constitucionales actualmente.

Sin embargo, estimo que cuando se afirma que los derechos fundamentales son menos garantistas que los derechos humanos a nivel internacional, puede que sea, porque se confunde el valor vinculante de los tratados internacionales -que esos sí son vinculantes- con el carácter no vinculante de informes, opiniones consultivas, observaciones generales de organismos internacionales que son órganos que supervisan el cumplimiento de los tratados.

Entonces, cuando hablamos de jerarquía, creo que es muy importante tener en cuenta que estamos hablando de jerarquía de tratados internacionales y nunca de normas que no son vinculantes que derivan de órganos que interpretan los tratados, pero no es lo mismo el tratado que la interpretación que hace el tratado por parte de un organismo internacional. Y en esto me quería detener, sobre todo, con lo que emana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, a través de una doctrina que ha desarrollado del control de convencionalidad, ha sostenido que sus sentencias también tendrían un carácter como general de obligatoriedad a todos los países.

La verdad es que las sentencias de la Corte Interamericana, solo las que son dictadas contra Chile, son las que nos vinculan y, las otras, no tienen el carácter de vinculante, ya que el tratado internacional, la Convención Americana, no le da esa competencia a la Corte, sobre todo por el carácter jurisdiccional de la Corte que resuelve casos concretos con un sistema probatorio; no tiene en vista toda la legislación de todos los países de Latinoamérica y, por tanto, no tiene un carácter de legislador.

Entonces, ese es un primer punto, en el que hay que distinguir cuando estamos en esta discusión en la que podemos caer de qué es más garantista si los derechos fundamentales o el derecho internacional, ¿qué entendemos por derecho internacional? Nos estamos refiriendo a los tratados, no a la interpretación que se hace de los tratados.

Estos otros documentos de los organismos internacionales tampoco constituyen costumbre internacional, como lo ha entendido la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y como lo entiende las reglas generales del Derecho Internacional. ¿Por qué? Porque la costumbre requiere esta práctica constante y uniforme de los Estados y de la *opinio juris*, o sea, de la convicción de estar cumpliendo con un imperativo.

Entonces, aunque haya muchísimos informes, opiniones y sentencias en el mismo sentido, la acumulación no la transforma en costumbre internacional y, por ende, no la transforma en norma vinculante.

Me parece para partir la discusión de qué jerarquía deberían tener las normas hay que matizar esta idea de que hay una desprotección por el hecho de que los tratados internacionales o que el derecho internacional no tenga un rango constitucional. Una opción es que uno también podría decir que no son vinculantes, porque nuestro derecho no las ha hecho vinculantes y uno podría discutir si sería recomendable hacerlas vinculantes de forma expresa en nuestra Constitución, y decir que las sentencias de la Corte Interamericana, sea contra el país que sea, sí van a ser vinculantes. Es una opción del constituyente.

Personalmente estimo que no conviene las sentencias de la Corte Interamericana dictadas contra otros países, primero, porque la Corte Interamericana resuelve violaciones específicas de derechos humanos y no está diseñada para dictar normas de carácter general. Estamos hablando de una víctima que recurrió dentro de su país, no tuvo una respuesta adecuada y va al sistema Interamericano, y, como les mencionaba, hay un sistema de pruebas, hay países que se defienden, hay Estados que no se defienden, pero en el fondo lo que está resolviendo la Corte siempre es un caso concreto ;No está resolviendo casos generales! Por lo tanto, mal podría ese caso aplicarse a otro país.

Segundo, porque la implementación de estas normas de los tratados -como mencionaba, son de carácter amplio- necesitan también de la participación de los pueblos, de las personas que van a estar vinculadas por esas normas, de los chilenos en este caso. Entonces, conviene que la concretización de los derechos pase también por órganos democráticos que juegan un rol en esa determinación, órganos que tengan cierta representación.

Entonces, un tribunal internacional, contramayoritario, formado por jueces extranjeros, no elegidos democráticamente,

que defina por sí mismos temas que van a aplicarse en Chile de forma mucho más concreta, creo que en realidad no es lo más adecuado, sino que se necesita mayor participación. Y si esto es válido para un órgano jurisdiccional, como la Corte Interamericana, al cual Chile sí le ha reconocido jurisdicción, con mayor razón me parece aplicable a decisiones de otros comités de otros tratados internacionales.

Por lo anterior, me parecería conveniente mantener una norma similar al actual artículo 5°, reconociendo obviamente que el ejercicio de soberanía tiene como limitación el respeto de derechos esenciales que van a la naturaleza humana, que están garantizados por la Constitución y por tratados internacionales ratificados por Chile.

Esta postura tampoco nos tiene que generar miedo, porque coincide, por ejemplo, con la de ciertos países europeos, como Alemania, donde el Tribunal Constitucional alemán ha sostenido que es competente para controlar, por ejemplo, el derecho de la Unión Europea y controlar que se ajuste a la Constitución.

Entonces, estimo conveniente reconocer que en el área de derechos estamos frente a un pluralismo de normas; o sea, hay cierto pluralismo jurídico que tiene que verse -me parece a mí- como complementario a lo nacional, no como opuesto. Creo que la complementariedad es una forma más adecuada de hacernos cargo de los distintos niveles de normas que tenemos en esta materia.

No me parece conveniente que organizaciones distantes al país, en su ubicación, en su pensamiento, en su historia, tengan la última palabra. Creo que es mejor verlo como una forma de complementariedad, más que como una forma de jerarquía.

Si se llega a reconocer expresamente que los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional expreso, que, como les digo, es una opción, aunque creo que no es la más conveniente, creo que hay que tener en cuenta que eso solo tampoco nos resuelve el problema de una posible contradicción entre una norma constitucional y una de tratado, porque simplemente nos dicen que son de una misma jerarquía, pero no nos dicen cuál debe prevalecer. No es que diga que automáticamente la norma internacional prevalece.

En esta materia, me parece que la regla que uno aplica en Derecho Civil, de que la regla posterior deroga a la anterior, como que no aplica.

En ese caso, si se reconociera la misma jerarquía, sería interesante ver lo que ha hecho la Corte Constitucional italiana en una sentencia -me parece que es de 2009- en que señala que se debe aplicar la norma constitucional o la convencional, pero que entregue mayor protección al derecho fundamental, es decir, no es una jerarquía *a priori*, sino que se ve cuál protege mejor el derecho.

Entonces, si se hace así, la Corte Constitucional -como se llamaría ahora- chilena sí podría conocer eventualmente de la materia y dar preferencia también a la norma nacional.

Además, si se establece una jerarquía de tratados internacionales de derechos humanos igual a la de la Constitución, me parece que hay que agregar la exigencia de que los tratados internacionales de derechos humanos sean aprobados por el mismo procedimiento de reforma constitucional, sea cual sea el que se determine en este proceso, pero no pueden aplicarse los *quorum* o el procedimiento propio de la ley, la ley simple, que imagino que es lo que se va a determinar, que las leyes no van a tener *quorum* especiales, pero una reforma constitucional siempre tiene exigencias mayores. Esas exigencias mayores deberían ser aplicables a los tratados de derechos humanos, si esos tratados van a tener rango constitucional, ya que de otra manera estaríamos modificando la Constitución de una forma más simple, saltándonos las reglas establecidas por el propio constituyente.

También se podría agregar que, al momento de aprobar un tratado, el Congreso Nacional determine cuáles de sus normas son autoejecutables, y que se deje constancia de esta determinación en el momento de la promulgación del tratado.

Entiendo que uno de los problemas ha sido la discusión del Tribunal Constitucional sobre si las normas son autoejecutables o no. Entonces, para evitar eso, lo que se podría hacer es que, al momento de ratificar el tratado, se decida cuáles son autoejecutables y cuáles requieren una implementación.

Creo que en esta materia, y en todas aquellas sobre principios, esta subcomisión tendrá que trabajar muy de la mano con la Subcomisión de Sistema Político, o sea, es imposible ver esta materia, sobre la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos, sin preocuparse de la incorporación de todos los tratados en el sistema político, que imagino que va a estar radicada en el Congreso Nacional. Entonces, creo que es imposible separarlos, creo que deberán tener una gran tarea de coordinación allí.

Por último, si se entrega expresamente rango constitucional a los tratados de derechos humanos, podría convenir agregar una cláusula expresa que diga que los instrumentos internacionales no vinculantes se podrán utilizar para interpretar el derecho vigente siempre y cuando no contradigan la legislación nacional o internacional, y no creen derecho en materias que no se han regulado por parte del legislador.

De esta manera se evita que materias que deberían pasar por un sistema representativo, por la decisión del pueblo, se las salten y no se determinen a través de mecanismos participativos. También se evita la confusión entre tratados y normas de *soft law*, que son las que emanan de estos otros organismos.

Eso respecto de la jerarquía.

Una cosa como más práctica, tal vez, es lo que dije primero, que estoy preocupada por el plazo que ustedes tienen para redactar las normas. A modo de sugerencia, como el proceso constitucional que están viviendo hace un expreso reconocimiento a los derechos reconocidos en el Derecho Internacional, me parece que, para ponerse de acuerdo rápidamente, podrían partir tomando como base de la lista de derechos, y de la redacción de los derechos, el texto de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Es cierto que tenemos muchos tratados ratificados por Chile sobre derechos humanos, pero la ventaja de la Convención Americana, y también del Pacto de San Salvador -aunque entiendo que eso le toca a la otra comisión, no a la de ustedes-, es que son tratados generales, que tratan de una multiplicidad de derechos al mismo tiempo, además de ser tratados regionales más cercanos a nuestro país, más que una multiplicidad de otros tratados sectoriales que, claro, uno no puede sumar todos los artículos de todos los tratados en la Constitución, ya que tendríamos una Constitución de 1.000 páginas o más, en vez de tener un texto breve como el que se necesita.

Entonces, les sugiero que, como base, sería una buena idea partir de ese texto, que de todas maneras es vinculante para este proceso, y que les puede servir como base para la discusión que tengan que hacer, y sugiero también el pacto de derechos del Protocolo de San Salvador, pero entiendo que eso le corresponde a la Subcomisión de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales.

Un segundo principio al que me quería referir, de forma mucho más breve, es el de dignidad humana.

Coincido con el profesor García en que es recomendable reconocer la dignidad como principio constitucional.

Yo agregaría, sin temor a que lo estemos limitando, que es la dignidad intrínseca o inherente al ser humano. Creo que no lo limita añadir que es una dignidad intrínseca, sino más bien lo fortalece, y es el término que utiliza la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Esto reafirma la idea de que los derechos humanos corresponden a todos los seres humanos por el solo hecho de pertenecer a la especie humana, sin necesidad de características accesorias como el sexo, la edad, la capacidad, la autonomía, la nacionalidad, la raza, etcétera.

Creo que decir "dignidad intrínseca" lo enfatiza más.

Esto está muy unido con el tema de la igualdad, que quizás va más relacionado con los derechos mismos que con los principios, pero me parece que eso evita que empecemos a hacer un reconocimiento expreso de subgrupos que, si bien han sido quizás históricamente menospreciados y tratados de forma desigual, siempre tengo el temor de que se deje a alguien afuera.

Entonces, creo que una cláusula general de igualdad y un reconocimiento de dignidad intrínseca termina siendo mucho más inclusivo, sin correr el peligro de reconocer subcategorías de personas protegidas que puedan dejar de todas maneras a alguien afuera, o que un grupo que hoy está invisibilizado, en cinco años más nos demos cuenta de que lo dejamos fuera. Creo que lo más inclusivo es no subdividir.

Relacionado con la dignidad humana está además el tema de la titularidad de derechos fundamentales, que, si bien se le reconocen a todos los seres humanos, que los tienen por su dignidad intrínseca, creo que también se puede reconocer a personas colectivas, que incluirían sindicatos, pueblos originarios, confesiones religiosas e instituciones distintas de la sociedad civil, como se hace en las Constituciones alemana y portuguesa.

Esas dos constituciones reconocen que las personas colectivas gozan de derechos fundamentales, de acuerdo con la naturaleza del derecho en cuestión. Obviamente, no todos los derechos fundamentales son aplicables a las personas jurídicas, es decir, no vamos a decir que las personas jurídicas tienen derecho a la integridad física, obviamente.

No obstante, creo que esta cláusula de titularidad sería una buena forma de armonizar el principio del Estado social y democrático de derecho -que está en la base número 5, y que imagino que ya habrá salido en las discusiones de la semana pasada- con el reconocimiento de la sociedad civil.

Me parece que es un buen complemento para que quede en forma armónica el tema de la sociedad civil con el Estado social y democrático de derecho, y reconoce, además, la naturaleza social del ser humano, es decir, no es una visión individualista de la persona.

Creo que de esta manera también se evita dejar fuera a algún grupo relevante. Me fijé que, en su presentación, el profesor García sugirió que se podrían reconocer ciertos grupos, como sindicatos y pueblos indígenas. Creo que, al reconocer derechos fundamentales a las personas colectivas, de acuerdo con la naturaleza del derecho, se evita el riesgo de dejar fuera a algún grupo o colectivo importante, y se evita una desigualdad de trato entre grupos que pueden ser igualmente merecedores de reconocimiento de derechos.

Espero dejarles la minuta, como dijo el Presidente, para hacerla llegar a todos, donde también hay una propuesta de redacción que simplemente es una síntesis de lo ya señalado.

Muchas gracias por este tiempo.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Muchas gracias, profesora Bertelsen. Encantados de recibir sus conceptos por escrito, si así lo tiene a bien.

Por supuesto, también le agradecemos su preocupación por los plazos, que nosotros también tenemos, y eso no obsta para que podamos compartir con los académicos que cada comisionado ha decidido que nos puedan ilustrar con determinados conceptos. Le agradecemos mucho por aquella prevención.

Señor Zarko Luksic, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Magallanes, tiene usted la palabra.

El señor **ZARKO LUKSIC** (expositor).- Muchas gracias, Presidente.

Quiero hacer dos prevenciones.

Mi exposición va a estar enfocada en primer lugar en lo que ya ha señalado la profesora Bertelsen, en el sentido de que el tiempo es bien acotado para generar una discusión de carácter filosófico con cada uno de los principios, de manera que me voy a acotar solo a algunos.

En segundo lugar, me voy a centrar y a enmarcar en las bases acordadas, que están en la Constitución, que son el marco de trabajo de ustedes, de la Comisión Experta, y que han generado toda una institucionalidad. También existe un Comité Técnico de Admisibilidad, que precisamente tiene por finalidad velar por estas bases, de las que digo que son sus guardianes.

También haré referencia a los principios que creo fundamentales, que generaron una gran discusión al momento de aprobarlos, y que hoy están en el artículo 154 de la Constitución.

El primer lugar, estoy de acuerdo con que haya principios en la Carta Fundamental. Hay una discusión, hay quienes creen que los principios no deberían estar en una Carta Fundamental, sino que más bien lo ven como una limitación al poder y una suerte de reglas que tengan un entramado o construcción de control, de *checks and balances* de los distintos órganos.

Yo comparto que tiene que haber principios.

Ahora bien, los principios sustentan el ordenamiento jurídico que se pretende redactar; por lo tanto, son normas. Son parte del ordenamiento, pero tienen un carácter distinto.

Desde el punto de vista geográfico, pueden ir en un capítulo especial llamado Bases, en un título preliminar o simplemente en un capítulo de principios.

Comparto que no es razonable -lo decía el profesor García- que estén en un preámbulo, porque eso les quita la fuerza normativa.

Los principios se sitúan, por lo tanto, dentro del ámbito de las normas; el Derecho es un sistema de normas.

Ahora, hay algunos que tienen un contenido conceptual, que no se agotan en la perspectiva normativa, sino que exceden a la misma y hunden su raíz en el campo, ya más bien dicho, de la moral, o son de carácter metajurídico.

Ya hemos escuchado de algunos de ellos, como el principio de la dignidad de la persona humana, entendiendo que ahí hay una concepción de que los derechos son anteriores al Estado y, por lo tanto, el Estado tiene que reconocerlos, la Constitución tiene que reconocerlos.

Aquí tenemos el principio de la subsidiariedad. No estoy promoviendo que esté el principio de subsidiariedad de manera categórica, pero hoy sí está; otra cuestión es que se haya entendido mal, pero no me voy a extender en eso, porque tengo entendido que fue fruto de la sesión anterior, pero claramente tengo una visión del principio de subsidiariedad mucho más amplia que una arista puramente económica; otra cuestión es que los tribunales de nuestro país lo hayan acotado exclusivamente a lo económico, pero esa ya no es responsabilidad de lo que es el principio de la subsidiariedad propiamente tal. También está el principio la solidaridad.

Ahora, hay un punto interesante: los mismos principios discurren o se desarrollan después en los distintos capítulos y normas que contiene la Constitución.

Por ejemplo, el principio de la solidaridad lo vamos a encontrar en el proceso administrativo de distribución territorial; hoy lo dice, hay un principio de solidaridad entre las regiones, de equilibrio y solidaridad. También lo vamos a encontrar en los derechos de carácter social o económico sociales, que también están vinculados a otro principio, que es la igualdad; o el principio de la dignidad de la persona humana, al cual ya se ha referido la profesora Bertelsen: reconocimiento y consagración eficaz de los derechos humanos.

Por lo tanto, si hablamos de los principios, es imposible trabajar si los enumeramos todos.

Trataría, en primer lugar, de indicar cuáles serían los principios que va a tener esta nueva Carta Fundamental, que después se van a desarrollar en sus distintos capítulos y títulos.

Y yo distinguiría -ya se ha hecho, lo he creído ver, -los españoles, por ejemplo, distinguen muy bien, porque hablan de valores y principios. Hablan de valores, precisamente, cuando definen lo que es el Estado social y democrático derecho. Y hablan de la igualdad, de la libertad, del pluralismo político; por ejemplo, tienen contenido el pluralismo político como un valor principal dentro de esa definición.

También haría una cierta caracterización. Ya se ha hablado acá de un principio, por ejemplo, que ya está en nuestras bases: la soberanía reconoce y tiene como límite la dignidad de la persona humana, el principio de la dignidad de la persona humana y los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales, ahí tenemos un gran principio.

Otro principio que voy a desarrollar es el Estado social y democrático de derecho. Algunos ya están hablando del Estado democrático y social. Los alemanes hablan de Estado democrático

y social, pero hay respetar lo que señalan las bases. Por lo tanto, va a ser Estado social y democrático de derecho.

Yo no entiendo, y aquí me voy a detener un poco.

Cuando hablamos del Estado social y democrático de derecho, hay que decirlo de manera clara: contiene un mínimo horizonte utópico con valores políticos metajurídicos que son fronterizos con el derecho y la moral. Así, por lo menos, lo han entendido las interpretaciones en España; estoy pensando en Gregorio Peces-Barba, que tiene un librito precisamente sobre los valores que establece la Constitución, y también en la Constitución alemana.

Sé que este tema genera un debate, una discusión y una cierta alergia. Yo trataría de no darle tanta importancia, o sea, tiene una importancia brutal, es un principio fundamental, pero, entendiéndolo, aquellos que propugnan más la democracia en el sentido de la participación política, de las libertades públicas, y otros van a propugnar más lo que son los derechos sociales, bueno, creo que hay que mirarlo desde el punto de vista de un horizonte utópico.

De esa manera lo habla Peces-Barba, y lo dice de manera brutal, dice que es una combinación compatible entre el liberalismo y el socialismo, no es un modelo acabado y cerrado, sino abierto para construir. Ese fue un acuerdo entre el PSOE y la UCD. Y también lo han entendido en Alemania el SPD y la Democracia Cristiana. Por lo tanto, lo ven como un proyecto. Ahora bien, el desarrollo de ese valor y principio viene contenido en las normas posteriores.

Los españoles diferencian de manera bastante categórica las libertades públicas, los derechos civiles y políticos, asociados al concepto de democracia, y dicen claramente que tienen una eficacia directa. A los derechos sociales los ven como principios orientadores de los poderes públicos. Creo que es una buena fórmula, pues ambos estarían contenidos en la Carta Fundamental, pero tienen un grado de exigibilidad distinta, siendo ambos parte del Estado social y democrático de derecho.

Pero, en definitiva, el dónde se pondrá el acento lo deciden los legisladores. Y los legisladores van a decir: "¿Sabe qué? Quiero desarrollar más una salud estatal o una educación estatal, y quiero que la educación superior sea gratuita."

Por lo tanto, en lo primero que quiero llamar la atención es en que no le tengamos miedo a este gran principio del Estado social y democrático de derecho, pues, en definitiva, se va a definir en los capítulos posteriores, cuando se hable de los derechos fundamentales u otros, dejando la interpretación, finalmente, a otros órganos del Estado, a otros poderes públicos, como los tribunales.

Esa va a ser una decisión que va a tener que tomar el Consejo Constitucional, en cuanto a si le va a dar una eficacia judicial o puramente de carácter legislativa, mediante una ley.

Creo que las bases ya establecen ciertas diferencias, porque cuando hablan de derechos sociales, se refiere al desarrollo progresivo. Creo que eso nos dice algo, y creo que va en la idea del modelo español. Esa es mi humilde opinión.

Son progresivos, porque permiten su ampliación en protección, contenido y eficacia. Este principio, como ustedes saben, implica la no regresividad en el reconocimiento de la garantía de los derechos.

Desde mi punto de vista, este importantísimo principio, que fue acordado y está en las bases, va a tener que estar, sin lugar a dudas, dentro de ese título preliminar o de base que va a tener que tener la nueva Constitución.

En todo caso, reitero que: no incluiría el principio de subsidiariedad, de manera categórica. Creo que lo que hoy establece el artículo 1° respecto a la autonomía y protección del Estado hacia los grupos intermedios es suficiente, ya que abarca lo que es realmente la subsidiariedad y no solo la limita a lo económico. Lo que sí incluiría es un principio de solidaridad, que, por lo demás, ya está enraizado en nuestra Carta Fundamental.

Quisiera también tocar otro principio que también es una definición que tendrá que estar en las bases fundamentales o en el título principal: el modelo de Estado, el modelo Estado territorial.

En las bases se ha definido a Chile como un Estado unitario y descentralizado. Y si hablamos de Chile como un Estado unitario y descentralizado, perdónenme que sea tan categórico, no podrá ser ni federal ni regional, como es la denominación del Estado italiano, que es intermedio entre federal y unitario.

La Constitución italiana no habla de Estado regional en ninguna parte, es la doctrina la que se ha referido a aquel Estado como regional.

Ahora, es bueno decirlo, el tema de la denominación del Estado, o el apellido, es una cuestión meramente semántica. Ya lo resolvió Kelsen, al decir que, en definitiva, el que va a resolver el modelo es el grado de descentralización, de distribución normativa. No obstante, en este caso, las bases sí establecen que Chile es un Estado unitario y descentralizado.

¿Qué significa que Chile sea un Estado unitario y descentralizado? Que sí se va a descentralizar, que sí va a haber autonomía. No hay problema con que haya autonomía, pero va a tener un carácter administrativo. No va a haber una autonomía de carácter legislativo, no va a haber capacidad de producción de ley, como en España, en Italia o en todos los Estados federales. Por lo tanto, creo es fundamental tener eso presente.

Entonces, ¿en qué va a estar el grado de este principio, de que Chile sea un Estado unitario y descentralizado? En la

capacidad de transferencia de competencias a través de la ley, no a través de decretos. Encuentro que es una aberración lo que hoy tiene la Constitución en su última reforma. La verdadera descentralización tiene que hacerse a través de la ley.

Estos son los puntos que quería señalar. Como dije, hay algunos principios que son fundamentales, que tienen esa categoría, una categoría metajurídica. Ahí sitúo la dignidad de la persona humana, la subsidiariedad, la solidaridad, la libertad, la igualdad, pero hay otros, que más que principios fundamentales, son principios generales del derecho, como el de juridicidad, la legalidad, la responsabilidad. Nuestra tradición ha sido siempre incorporarlos en el Capítulo I. Creo que habría que mantenerlos, pero teniendo claro que, más que principios fundamentales, son principios generales del derecho. Ahí también podrían ubicarse principios relativos a una administración pública eficaz o a la carrera funcionaria. Tienen ese carácter.

Eso es.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Muchísimas gracias, profesor Luksic. Sus conceptos han sido muy claros.

Estaremos atentos a las preguntas que se le pueda hacer a cada uno de los profesores.

Finalmente, en esta primera ronda, está don José Miguel Valdivia Olivares, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Tiene usted la palabra.

El señor **JOSÉ MIGUEL VALDIVIA** (expositor).- Por su intermedio, señor Presidente, agradezco a la subcomisión por haberme citado a esta sesión. Agradezco a todos los comisionados por estar presentes.

He preparado una presentación para referirme a algunos de los principios que estimo necesitan ser considerados en el nuevo marco constitucional que ustedes contribuirán a elaborar.

En el derecho constitucional chileno y en el comparado es bastante común que contemos con principios que se expresan en el marco constitucional. Tales principios son normalmente considerados como cierto tipo de reglas que marcan la idiosincrasia de la Constitución: qué tipo de Constitución queremos, cuál es el tipo de Estado que queremos generar, etcétera.

Los principios, a mi modo de ver, son un tipo de normas que tienen una vocación amplia, elástica, susceptibles de ser declinados en distintas fórmulas. Entonces, su previsión tiene que tomar en consideración esa posibilidad de adaptación, ya

sea preferentemente por vía legislativa o por otra vía normativa, incluso en el plano de su aplicación judicial.

Una cuestión particular de los principios es su textura abierta, ese carácter retórico al que aludía el profesor García más temprano, que permite entender que los principios dicen poco y, al mismo tiempo, dicen mucho. Concitan la adhesión mayoritaria en torno a una idea muy elemental. Es muy corriente en nuestras prácticas políticas recientes, y digamos progresivamente recientes, una adhesión muy entusiasta a los principios. A todo el mundo le gustan los principios, a todo el mundo que participa en la política, que participa en la definición normativa. No a todos los profesores les gustan los principios. Seamos honestos. Hay algunos profesores que son muy reticentes a esa explosión "principialista", porque genera la impresión de haber zanjado una materia, en circunstancias de que no está zanjada, en circunstancias en que admite una serie de medidas de detalle que podrían ser aplicadas democráticamente.

Sin embargo, es interesante esa vocación abierta y esa aptitud que tienen los principios para despertar adhesión, porque permiten, justamente, incorporar algún criterio a las reglas que van a incorporarse en el marco constitucional, sin perjuicio de su definición futura, que no tiene que ser zanjada en este momento.

En otro tiempo fueron muy criticadas esas normas programáticas. Por ejemplo, se pensaba que la Constitución de 1925 había establecido una serie de reglas programáticas que no se aplicaban nunca. Pero esas reglas programáticas marcan un cierto piso al cual adhieren las mayorías, aun cuando no tengan que definirse los aspectos de detalle.

Uno de los principios que tiene este carácter programático, y que, sin embargo, admite una regulación que ya tenemos, es justamente la del carácter unitario del Estado o los principios de descentralización y desconcentración. Su sola proclamación no tiene ningún efecto. El Estado será descentralizado, pero necesita una aplicación más de detalle por parte de normas, por lo menos, más específicas.

Por supuesto que podemos llamar principios también a otras cosas, a otras reglas que conciten adhesión suficiente, pero que serán reglas de aplicación binaria del tipo clásico de las reglas. Esas reglas pueden estar contenidas en cualquier parte.

Es común que nuestros principios se concentren en un capítulo específico, nuestros principios constitucionales. El caso chileno es bastante categórico: hay un capítulo inicial de bases de la institucionalidad que articula esas ideas básicas que marcan un poco la idiosincrasia de nuestra Constitución. Podrían estar repartidos en otros preceptos, es evidente. La Constitución tiene, *a priori*, el mismo valor. Una norma constitucional tiene el mismo valor que otra. Esos principios podrían estar contenidos en otros capítulos. De hecho, hay

varios que se contienen en el capítulo de derechos fundamentales y que pueden continuar ahí.

La idea de contener un capítulo I, de fundamentos del orden constitucional, me da la impresión de que replica esta experiencia de la Constitución de 1980; tiene la vocación de articular ahí una especie de receptorio de principios fundamentales que van a marcar un poco la filosofía de la Constitución que pueda salir de este proceso.

En ese plano, es inevitable referirse a las bases institucionales y fundamentales que contiene el artículo 154 de la Constitución. Como ha dicho el profesor García, no constituyen una Constitución en miniatura, pero, inevitablemente, tienen cierto carácter "principialista" que marca la ruta que habrá de seguirse en este proceso constituyente y sobre el cual es necesario que se elabore alguna regla, que se logre alguna discusión.

Quiero referirme en particular a otras cuestiones que han estado en el centro del debate en los últimos días en esta Subcomisión.

Hay dos de estas bases que me parece que son suficientemente importantes como para articular un discurso serio sobre los principios, que son la base primera y la base quinta. La base primera es la que habla de Chile como una república democrática, con una afirmación específica de la soberanía popular, y la base quinta, que se refiere al carácter social y democrático del Estado de derecho que habrá de regir en los próximos años.

Estos dos criterios permiten identificar al Estado chileno como un Estado social y democrático de derecho, lo cual supone, al mismo tiempo, tres ideas centrales: es un Estado de derecho, es un Estado democrático y es un Estado social. Hay tres cláusulas que están dispersas en esas dos bases fundamentales.

Creo que es interesante referirse a estas tres cuestiones. Ante todo, la idea de Estado de derecho. La idea de un Estado de derecho es una idea relativamente antigua, en la medida que supone la recepción de los distintos valores adquiridos a lo largo del constitucionalismo clásico. Un Estado de derecho supone, en términos muy generales, un régimen político en que el poder, las autoridades, las instituciones están sometidas al derecho.

Ahora, hay dos versiones que marcan, evidentemente, estilos distintos de Estado de derecho. Una versión débil o puramente formal supone una serie de cautelas formales que evitan el abuso por parte de las autoridades: principio de legalidad, control judicial, establecimiento de ciertas reglas o criterios que integran esa juridicidad, por ejemplo, la idea de separación de poderes, que, por otro lado, es central para la acreditación del abuso o de la arbitrariedad.

Uno de los autores más significativos en la elaboración moderna de estas ideas, Gustavo Zagreblesky, ha dicho que el

principio de Estado de derecho, en su variante germánica, tiene como norte la eliminación de la arbitrariedad.

Ahora, esas cautelas formales no son necesariamente suficientes para eliminar toda forma de abuso o de arbitrariedad. Una versión más profunda, sustantiva de la idea de Estado de derecho supone cierto contenido del marco normativo que rige al poder, y ese marco normativo presupone las finalidades del Estado desde la perspectiva del individuo, es decir, el respeto de los derechos fundamentales.

De esta cláusula de Estado de derecho, entonces, deriva una serie de principios que están incorporados ya en nuestras prácticas constitucionales, en nuestras experiencias constitucionales, y que deberían, probablemente, mantenerse, o que no suscitarían una discusión muy significativa en su conservación.

Evidentemente, a la idea de abuso se contraponen, fundamentalmente, la de separación de poderes. En el marco normativo que nos rige la separación de poderes no tiene una consagración explícita; no hay ninguna regla que diga que en Chile rige la separación de poderes. Evidentemente, rige una separación de poderes, pero no es necesaria su consagración literal. Rige la separación de poderes y podemos extraer algunas ideas importantes, por ejemplo, a partir del estatuto de la función jurisdiccional, que es lo que puede o no puede hacer el poder público, el poder político, la administración, o el legislador, incluso, respecto de la sentencia.

Ahí hay, sin duda, un contenido ideal de la separación de Poderes que podría o no explicitarse de una manera más concreta.

Evidentemente, la separación de Poderes es un principio central del Estado de derecho, evita justamente esa acumulación de poder que se mira como sospechosa, establece algunos mecanismos de control en la expresión comparada, frenos y contrapesos que justamente evitan el abuso.

En segundo lugar, el principio de legalidad, este, en su variante clásica, implica sumisión de los poderes públicos a los mandatos expresos de la ciudadanía expresados a través de ley. Esa subordinación afecta inmediatamente a la administración y también a los órganos jurisdiccionales. Su variante más reciente como principio de juridicidad o de respeto al orden jurídico en su conjunto da cuenta del enriquecimiento, por cierto, de ese bloque de legalidad o bloque de constitucionalidad, como queramos llamarlo en estos días, pero la idea de legalidad debilita un poco el carácter democrático inicial.

Sin duda, el principio de juridicidad también es una marca característica de nuestro tiempo. Las constituciones normalmente tienen que hacerse cargo de algunas identificaciones elementales de cuáles son los bordes que tiene ese principio jurídico, el ordenamiento jurídico en su

conjunto, la supremacía constitucional puede tener una residencia precisamente en este marco principialista.

Ahora, la supremacía constitucional es un principio que tampoco necesita consagración explícita. La supremacía constitucional deriva de la existencia misma de una Constitución, en la medida que la tomemos suficientemente en serio como una norma jurídica, en la medida que, tal vez, existan algunos controles, algunas instancias de control que permitan hacerla operativa; o sea, más que una consagración literal de la supremacía constitucional, importa el establecimiento de una justicia constitucional o de otros mecanismos que permitan hacerla efectiva, por ejemplo, las discusiones que se dan al interior de las cámaras legislativas normalmente cuentan con filtros necesarios para excluir aquellas iniciativas que son inconstitucionales, por decir una cosa.

El control jurisdiccional del poder público también es indispensable para un Estado de derecho efectivo. En esta materia la práctica chilena ha presentado algunas debilidades, alguna debilidad que se refieren específicamente a la cuestión del contencioso-administrativo, el control de la administración del Estado.

Desde luego, hemos tenido y probablemente vamos a seguir teniendo una justicia constitucional que permita ser efectivo el respeto del orden jurídico frente al legislador, pero la cuestión más trivial o del control de las autoridades públicas, del control del poder no ha concitado suficiente consenso en el plano operativo. Es verdad que la Constitución de 1925 hacía esa proclamación respecto de los tribunales contencioso-administrativos que mantuvo además la Constitución de 1980 en su diseño inicial, pero fue una promesa un poquito vaga, una promesa vana, no una promesa que no se cumplió y que no se cumplió mientras no teníamos una institucionalidad jurisdiccional que permitiese enfrentar esta tarea, finalmente terminamos rindiéndonos a la evidencia de que ese diseño institucional era demasiado costoso, era demasiado complejo y atribuimos competencias residualmente, al menos, a los tribunales civiles, a los tribunales ordinarios, probablemente ahí, nuevamente hay un desafío que se pueda tomar, como lo pretendió hacer en el ejercicio constituyente fallido de septiembre.

Por último, la cláusula o la regulación de derechos fundamentales me parece que es evidentemente más o menos exhaustiva de los derechos fundamentales, uno de los componentes centrales del Estado de derecho, el contenido sustancial, el contenido densamente más interesante del Estado de derecho se vincula a los derechos fundamentales o los derechos humanos.

Hay idea muy profunda, una conexión muy profunda entre la fórmula del Estado moderno y lo derechos fundamentales en las tradiciones contractualistas, por ejemplo, incluso, en la fórmula de Hobbes, donde los ciudadanos se despojan, en cierto

modo, de sus libertades para dar forma a este Estado que proteja a los ciudadanos, nos muestra que las finalidades centrales del Estado están precisamente en la protección de los individuos y así tiene que seguir siendo. El Estado, no es sino una entidad instrumental destinada al servicio de los ciudadanos, al servicio de las libertades de la persona.

Ahora, la formulación específica de esta idea probablemente necesite alguna sintonía más fina, el respeto a los derechos fundamentales resulta de su propia proclamación en el texto actual en el artículo 19, a través, de alguna fórmula que puede ser más o menos expresiva de su vigencia.

En la Constitución vigente se contienen también una especie de guiño que anticipa la vigencia de esos derechos fundamentales en el artículo 5°, y que los contempla como límites a la soberanía lo cual es una expresión compleja, porque debilita justamente la vigencia de otro de los principios fundamentales, que es la soberanía popular.

La soberanía es por definición ilimitada, y la idea que presente límites relativiza ese poder del pueblo. Sin duda, es probable que esa fórmula, que ha experimentado algunas variaciones, experimentó variaciones sensibles a partir de la reforma constitucional de 1989, esté pensada para articular alguna solución particular en plano de las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional, como se referido la profesora Bertelsen hace unos minutos.

Ahora, evidentemente, esa fórmula que ha presentado algunas dificultades y que sigue presentándolas. En algún momento, por ejemplo, un constitucionalista bien reconocido dijo que era justamente era uno de los riesgos que hacía ver la profesora Bertelsen la consagración de estos derechos en una fórmula indirecta de reformar la Constitución. Ahí probablemente tenemos que poner algún ojo para ver cuál es la cláusula más apropiada, justamente que armonice la soberanía democrática del pueblo chileno con el respeto a los compromisos internacionales que, sin duda, son cada vez más importantes y en nuestro futuro van a seguir siéndolo.

En segundo lugar, la cláusula de Estado democrático. La fórmula constitucional habla de una república democrática, es decir, la forma del Estado es republicana y democrática. En el derecho comparado estas dos expresiones son prácticamente sinónimas y dan cuenta que el poder proviene justamente de la ciudadanía, del pueblo, lo cual importa el rechazo a fórmulas de gobierno centradas en una sola mano, puntualmente la monarquía, pero otras fórmulas también que son igualmente discutibles en cuanto suponen la concentración del poder en una sola mano, formas dictatoriales, etcétera.

Evidentemente, también la idea de República democrática supone un cierto ideal igualitario, todos somos iguales. Las autoridades no son superiores a nosotros, las tutorías son simplemente personas que resultan del pueblo, que resultan ungidas por un período para desempeñar ciertas tareas. En Chile

no hay grupos privilegiados, no hay grupos nobles, no hay grupos que merezcan un respeto especial en el plano institucional.

Las derivaciones que resultan de este principio que tiene la mayor riqueza, me da la impresión, desde luego son la soberanía popular, todas las autoridades que ejercen el poder, lo ejercen a nombre del pueblo, lo ejercen en representación del pueblo. Este mismo modelo da cuenta de la emergencia de un modelo de democracia representativa, que en el momento actual también sufre la competencia, la concurrencia de modelos distintos, es cada vez más, diría yo, están en las expectativas crecientes del público, las instancias de participación ciudadana, la incidencia directa de la ciudadanía en la gestión pública.

Algunos mecanismos de democracia directa, sin duda, serán indispensables de considerar en el marco constitucional que a esta Comisión le va a corresponder elaborar, analizar. El propósito modernizador que representa este ejercicio constituyente, sin duda, ofrece ahí una posibilidad de actualización.

En segundo lugar, de esta cláusula democrática se desprende la necesidad de definir mecanismos electorales o un régimen electoral serio que, por cierto, sea respetuoso con las posibilidades de fluctuación, de modificación a futuro, tenemos distintos sistemas electorales imaginables no sea indispensable identificar todas esas variaciones en el texto mismo de la Constitución, pero prever algún mecanismo que garantice la seriedad futura de nuestro proceso electoral como lo hemos tenido en los últimos treinta años, yo diría; hemos tenido un sistema electoral suficientemente valioso, con prescindencia de las fórmulas electorales más específicas.

En la línea de los mecanismos de democracia directa probablemente sea necesario incorporar criterios de control ciudadano que marcan la preeminencia de la ciudadanía por sobre las autoridades.

Hoy, a partir de reformas de las últimas dos décadas, contamos en nuestro arsenal de principios constitucionales con ideas que son muy útiles para la formación de estas instancias de control ciudadano; los principios de probidad, de publicidad y transparencia. Los principios de publicidad y transparencia son evidentemente auxiliares para la formación de una opinión pública seria e informada que puedan participar con posibilidades reales de incidencia en la gestión pública.

El principio de probidad por su lado marca también la subordinación de los intereses particulares, sobre todos los de las autoridades, al interés general, que es el que debería marcar aquí el norte de la acción del Estado.

Me parece que de la cláusula democrática no se deriva sobre todo el predominio del interés general, no el quehacer del Estado. El quehacer del Estado debe orientarse a la satisfacción de las necesidades públicas, tal como en las

expresan las mayorías políticas en los cuerpos representativos del Estado.

Yo entiendo que aquí algo que no despierta mucha discusión es la idea de bien común, es la fórmula que está consagrada en la Constitución vigente, pero es una fórmula que alude a un criterio un poco anticuado, un orden natural, objetivo, que no viene determinado justamente por las mayorías, por la definición subjetiva de las personas que detentan el poder, los representantes del pueblo. Y es que desde esa perspectiva da la impresión de que la idea de bien común generase un orden inmutable del cual las autoridades no deben apartarse.

Probablemente ahí hay también un trabajo que hay que hacer en acercar el norte del quehacer del Estado hacia justamente las definiciones mayoritarias que son las que resultan del principio democrático.

Por último, la cláusula del Estado social. Es evidentemente esta la principal novedad que se avecina, que se advierte ya en esta carta de navegación que ha propuesto el artículo 154 de la Constitución vigente. La idea de Estado social es una idea relativamente imprecisa que da cuenta de una aspiración de justicia social, un Estado social es un Estado que se compromete con la justicia social, desde luego es necesario aterrizar específicamente y eso va a ser dependiente justamente de las definiciones democráticas que significa esa justicia social.

En términos más específicos, esa idea de justicia social puede vincularse con el respeto efectivo, con la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, por una parte, más libertad, más igualdad en el plano efectivo, no solo una igualdad formal para los que puedan pagársela, sino una libertad que sea efectiva.

Se trata de organizar la sociedad de una manera tal que sustantivamente las personas de toda índole puedan gozar de los derechos que la Constitución proclama. El Estado social no es distinto del Estado de derecho, es una especie, es una variante del Estado de derecho.

Desde esa perspectiva no debería presentar mayores dificultades. No es un modelo de Estado que sea incompatible con las prácticas republicanas, con el respeto al principio de legalidad, con el respeto de los derechos fundamentales, etcétera. De hecho, da cuenta de una fórmula que busca profundizar algunas de las variables inherentes al Estado de derecho, como, por ejemplo, son justamente la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

Ahora, es evidente que el Estado social puede implicar entrar en colisión con algunos de las posiciones adquiridas por algunas personas no para brindar mayor libertad y mayor igualdad a los grupos desfavorecidos, sin duda, va a ser necesario, en algunos casos, afectar los intereses probablemente de los más ricos; las cláusulas tributarias que ya están incorporadas en nuestra práctica o la cláusula de la

función social del dominio, da cuenta justamente de esa aptitud de criterios del Estado de derecho para propender a una profundización de los fines sociales del Estado.

El Estado social supone también el rechazo a un modelo neutral del Estado frente a las cuestiones sociales; al contrario, se trata de un Estado comprometido con los avances sociales, la búsqueda de la justicia social supone justamente que el Estado pueda llegar a hacer cosas para favorecer las posiciones de aquellos que están desventajados, de los menos bien tratados en el plano de las igualdades, por ejemplo.

Desde luego, el Estado social no supone gestión pública de toda la satisfacción de necesidades sociales, eventualmente puede actuar el Estado con el concurso de iniciativas sociales, pero lo central es que el Estado social no enfrenta obstáculos que impidan la materialización por parte de la gestión pública en aras de la concreción de los fines sociales que se proponen.

Un autor, aquí me refiero a José María Rodríguez de Santiago, un profesor de Derecho Administrativo, que yo respeto mucho y que tiene un libro muy sencillo que se llama "La Administración del Estado social", es un libro precioso e identifica cuáles son las concreciones centrales del Estado social, ante todo se refiere a la ayuda del individuo en la necesidad y la pobreza, vale decir, probablemente la función más antigua del Estado social es propender en la superación de la pobreza respecto de los grupos que sufren más.

En segundo lugar, una idea que digamos es mucho más rica y que tiene proyecciones que van mucho más allá de la satisfacción de los menesterosos es la mayor igualdad, mayor igualdad mediante la superación de diferencias sociales. Aquí la idea atiende a corregir las distorsiones que se dan entre los mejores y los peores aventajados. Esta idea de superación de las desigualdades tiene muchas virtualidades, desde luego, las barreras entre ricos y pobres pueden ser una de ellas, desde luego, los conflictos tradicionales del campo-ciudad o metrópoli y provincia, Santiago y regiones pueden tener su espacio en este plano.

Y yo pensaría, justamente, atendido el impulso modernizador que tiendo a pensar que es una de las expectativas que están puestas en este Proceso Constitucional, también habría que pensar aquí en la manera de articular soluciones que mejoren la condición de nuestros pueblos indígenas respecto de la masa que no se identifica como tal y, sobre todo, la cuestión femenina, la irrupción de la idea de una democracia paritaria, por ejemplo, la idea de un derecho a los cuidados que permitan la compartición, la distribución igualitaria de las cargas que existen entre el mundo femenino y el mundo masculino también es uno de los principios que puede ser empujado por esta cláusula del Estado social.

Rodríguez de Santiago se refiere a los criterios de seguridad social. Los criterios de seguridad social en el derecho comparado suelen dar lugar a un mecanismo estatal único de

provisión de beneficios que se hacen cargo justamente de las contingencias sociales en caso de vejez, cesantía, invalidez, etcétera.

Sin duda, aquí hay un desafío importante, un desafío que va a estar en línea con las orientaciones que está marcando el sistema político actual. Es poco el tiempo que existe para imaginarse un sistema de seguridad social único en esta instancia y, sin duda, el sistema político está entregando muchas señales en ese en esa línea.

Por último, responsabilidad estatal de contribuir a la creación de una situación económica que permita la participación de todos en el bienestar.

En general, la función del Estado en la economía, la articulación del Estado en economía, tendientes al mejoramiento de las condiciones de todo, o sea, la posibilidad de que una economía de mercado siga existiendo, en la cual todos participen de ella es uno también de los objetivos del Estado social.

¿Qué concreciones del principio, de este principio de Estado Social? -probablemente estoy un poquito contra el tiempo, pero me voy a apurar en esta última parte.

Ante todo, la idea de subordinación del Estado de las personas es algo que no genera probablemente dificultades, la preeminencia de las personas frente al Estado es una constante de la filosofía política clásica. En el diseño constitucional vigente se marca en la programación formal que el Estado está al servicio de la persona humana. Algún autor ha llamado a esta idea principio de servicialidad.

La idea de servicio es una idea muy potente, es una idea que muestra el carácter artificial y funcional del Estado y sus instituciones respecto de las necesidades públicas. La idea de servicio también es un guiño, inevitablemente, a una de las maneras más características de la gestión pública que ha habido en la experiencia del último siglo. La idea de servicio público no puede desconectarse de la idea de servicio a las personas.

En segundo lugar, la cláusula de bienestar social. Sin duda, también hay aquí la posibilidad de perfeccionamiento de nuestras reglas. La regla vigente se refiere a la mayor realización espiritual y material posible, lo cual da cuenta de cierta timidez, habla un poco del mejoramiento social, en la medida de lo posible, y probablemente, en el plano constitucional, esto podría avanzar en una línea más prometedora. La fórmula de la Constitución española que se refiere a la misma materia es un poco más avanzada, un poco más progresiva. Habla de las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y los grupos sean reales y efectivas, por ejemplo.

Sobre la superación de las desigualdades, creo que ya me referí a este asunto hace un rato. Es una tarea permanente de la política. Es necesario acortar las brechas que existen entre

los grupos más desfavorecidos y los que están en mejores condiciones.

El proceso constituyente que vivimos durante 2022 dio cuenta de una serie de grupos minoritarios que aspiran a tener algún reconocimiento mayor en el plano político. Creo que también hay allí uno de los desafíos más significativos, más allá de la cuestión a la que aludí hace un rato de la democracia paritaria o de la condición femenina en general, y más allá, también, del multiculturalismo que probablemente va a ser una de las cuestiones centrales que van a tener que ser discutidas aquí.

Finalmente, quiero referirme a algunas ideas sobre las que quiero advertir acerca de algunos riesgos que pueden presentarse por parte de algunos principios.

Mientras el Estado social es un Estado activo, que puede hacer cosas, un Estado que se propone generar cambios en el mundo social, justamente hay algunos principios que son no necesariamente incompatibles, pero que reducen la virtualidad de ese principio del Estado social o que se muestran como amenazas a su vigencia efectiva. El rendimiento del principio del Estado social podría verse menoscabado por aquellos otros principios que tienen por objeto la preservación del *statu quo*. Hay algunas versiones de la seguridad jurídica, por ejemplo; hay algunas versiones del principio de confianza legítima que algunos defienden, pero que son amenazas contra la gestión efectiva del Estado, porque implican la protección de ciertas posiciones subjetivas que en el futuro no pueden ser tocadas; allí hay un riesgo importante, y yo diría "¡ojo!": la carta de navegación tiene estar puesta en la possibilitación de las políticas públicas y no en su inhibición, y justamente hay uno de estos principios que podrían tener este efecto inhibitorio.

Señor Presidente, con esto termino mi exposición. Quedo abierto a las preguntas que puedan surgir.

Muchas gracias.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Muchísimas gracias, profesor José Miguel Valdivia. Agradecemos, también, el esfuerzo de tener una presentación que, por supuesto, vamos a mirar con mucho gusto.

Tiene la palabra la comisionada Verónica Undurraga.

La señora **VERÓNICA UNDURRAGA**.- Señor Presidente, quiero agradecer las presentaciones de los cuatro profesores que expusieron esta mañana, que realmente han sido de un excelente nivel.

Quiero pedir a la profesora Soledad Bertelsen que reaccione frente a una preocupación que tengo.

Comparto muchas de las afirmaciones que ha hecho la profesora Bertelsen, porque reflejan muy correctamente cuáles son las obligaciones del Estado respecto del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos (SUDH). Entonces, es importante decir que estoy de acuerdo en que hay normas vinculantes para el Estado, que son las que ella señaló, y hay otros documentos que no son jurídicamente vinculantes. Entre las vinculantes están, por ejemplo, las normas de *ius cogens*, los tratados internacionales que han sido ratificados y están vigentes en Chile, la costumbre internacional, etcétera, las sentencias respecto de Chile que emita la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y hay otro tipo de documentos que son muy extensos, muchos, y decisiones, que son producidas por órganos creados con la cooperación de los distintos Estados que forman parte del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos (SUDH) y con el acuerdo del Estado de Chile, en esa calidad, para la supervisión del cumplimiento y para ayudar a los Estados a cumplir con sus obligaciones internacionales. Por ejemplo, estoy pensando en observaciones generales que puedan hacer el Comité de Derechos Humanos, el Comité de los Derechos del Niño, etcétera.

Sin embargo, percibo en su postura un aspecto que me parece problemático y me gustaría invitarla a reaccionar. Creo que usted resalta el necesario papel que tienen los órganos democráticos estatales para interpretar, concretar y desarrollar el contenido de los derechos humanos. Estoy totalmente de acuerdo en eso, pero no me parece balanceada la forma; digamos, no me parece que está bien balanceado eso con el rol y el deber que tiene el Estado de Chile, como parte del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos (SUDH) y como parte de tratados, para cooperar en el fortalecimiento del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos (SUDH), tanto universal como regional.

Hay obligación -estoy segura de que usted coincide conmigo- de cooperar, al crear órganos de supervisión, y el Estado de Chile lo hace. Cooperar el Estado, por ejemplo, participando en los procesos de nombramiento de las personas que conforman los órganos internacionales; coopera permitiendo que la comunidad internacional, por ejemplo, en el examen periódico universal, señale los incumplimientos del Estado de Chile en sus normas internacionales. Todos estos deberes de cooperación son especialmente importantes, porque sabemos que el origen y la justificación del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos (SUDH), precisamente se debe a trágicos déficit estatales en cumplir internamente con el respeto a los derechos fundamentales.

Entonces, si se ponen demasiadas trabas a la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos; por ejemplo, si se supedita la incorporación a supramayorías, como está usted proponiendo, al decir que propondría que se incorporaran las normas del derecho internacional de los derechos humanos con un *quorum* supramayoritario, como el de reforma

constitucional, de alguna manera, siento que hay una especie de resistencia, que se están poniendo barreras, incluso en la misma forma en que usted lo formula. Usted empieza diciendo: hay algunas cosas vinculantes, todo lo demás no es vinculante para nosotros. Y eso es muy común en una postura de cierta parte de la academia, y a mí me parece que esa resistencia que se percibe o esas barreras procedimentales que se están proponiendo para la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos presenta un riesgo, y es que debilita nuestros cumplimientos de los deberes internacionales en el sentido de, realmente, cooperar al desarrollo del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos (SUDH). No veo que haya una manera de comprender el papel de los Estados, y de Chile particularmente, como cooperadores, para que funcione efectivamente el sistema internacional; al contrario, veo que hay una resistencia, y es riesgoso, porque sabemos que en los Estados las mayorías pueden afectar derechos de minorías y pueden, también, los Estados, los legislativos, los gobiernos no tener esta mirada más global de protección del individuo, sino solo tener una concepción bien local, que puede atentar contra la protección.

Para terminar, entonces, creo que es imprescindible asegurar lo que todos queremos -estoy segura que usted lo quiere con mucha sinceridad-: que las chilenas y los chilenos, los habitantes de nuestro país, tengan la mayor cantidad de mecanismos de protección de sus derechos individuales y de sus derechos fundamentales. En ese sentido, me parece que la forma en que se está planteando la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos es una que limita esas distintas capas de protección.

En consecuencia, pido su reacción frente a eso.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Sugiero hacer una ronda de preguntas, para luego pedir la opinión a los profesores.

Tiene la palabra la comisionada Magaly Fuenzalida.

La señora **MAGALY FUENZALIDA**.- Señor Presidente, lo saludo y me disculpo por el atraso. Los tacos en Santiago todavía son algo nuevo para alguien que es de provincia.

Sin duda, agradezco las exposiciones, y precisamente, como mujer de provincia, ustedes saben que para mí los temas de descentralización y regionalización son importantes, y dado que el profesor García se refirió al respecto, me gustaría que profundizáramos un poquito más, para lo cual quiero preguntarle en qué principio de descentralización podríamos avanzar, sin afectar, por cierto, lo que aparece en las bases respecto del Estado unitario, pero dotando de autonomía a las regiones y comunas.

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Tiene la palabra el comisionado Carlos Frontaura.

El señor **CARLOS FRONTAURA**.- Señor Presidente, por su intermedio quiero agradecer a los profesores que han venido a exponer ante la Subcomisión, agradecer sus reflexiones.

Quiero preguntar al profesor Valdivia, pues él se mostró de alguna manera escéptico frente al límite de la soberanía, al señalar que esto tiene riesgos. Por otra parte, nos hizo ver que había ciertos principios, como la seguridad jurídica o la confianza legítima, que, de algún modo, también afectaban el principio democrático, expresado, por supuesto, a partir de las autoridades unipersonales del Estado, [...] que afectaban la posibilidad de que este pudiera llevar a cabo políticas públicas. Fue bien enfático en señalar que no le gustaba el bien común, sino el interés general como criterio, que las mayorías oportunas pudieran definir lo que había que llevar adelante.

En ese contexto, pregunto al profesor Valdivia cómo compatibiliza, por una parte, la idea del Estado social, que inspira y que lleva adelante ciertas actividades sociales, y, por otra parte, también resguarda los derechos de las personas, porque si no nos gusta mucho el límite a los derechos, como límite al ejercicio de la soberanía; si nos parece que ciertos principios, como la confianza legítima o la seguridad jurídica, podrían afectar, de algún modo pareciera que nos queda un poquito ese Estado que usted al principio dijo era el que había que tratar de evitar que abusara.

Entonces, ¿qué principio, qué regla, qué criterio a usted le parece que permitiría, en su concepción, compatibilizar la existencia de ese Estado social proactivo, que tiene facilidad para impulsar políticas públicas, pero que, al mismo tiempo, a través de esas medidas o instrumentos no afecta derechos de las personas?

El señor **MÁXIMO PAVEZ** (Presidente).- Tiene la palabra la profesora Soledad Bertelsen.

La señora **SOLEIDAD BERTELSEN**.- Señor Presidente, agradezco la oportunidad para seguir compartiendo pensamientos.

Respecto del tema de los *quorum* mayoritarios, solo lo planteaba en caso de que se reconociera expresamente en la jerarquía de los tratados internacionales de los derechos humanos como una jerarquía constitucional, para mantener una cosa de armonía, de coherencia con el sistema. No me parece que ese *quorum* supramayoritario sea necesario en el caso de mantener una cláusula como la actual, en que queda más dinámica la complementariedad entre los derechos fundamentales y los derechos humanos, y en cómo están regulados.

Sin embargo, si se llegara a poner expresamente que tienen jerarquía constitucional, en ese caso me parece que es necesaria una coherencia del sistema, que se realice, y se aprueben los tratados con los mismos mecanismos. Particularmente, no me parece que sea lo más adecuado. Preferiría que quedara más abierto y se pudiera mantener la aprobación de los tratados como se aprueban con *quorum* de ley, solo en caso de que se llegara a establecer una jerarquía superior.

Otra posibilidad sería lo que ha hecho Argentina, en que, en el fondo, una cláusula inconstitucional ha señalado expresamente qué tratados tienen rango constitucional; entonces, cada vez que se quiere incorporar uno nuevo a ese rango constitucional también tiene que pasar por reforma constitucional, porque se tiene que modificar ese artículo de la Constitución en que está el listado de los tratados que tienen rango constitucional. Esa es otra opción. En el fondo, no todos los tratados, pero los que se quedan con rango constitucional, al final necesitan una reforma constitucional para incorporarlos en tal jerarquía.

Quizás el énfasis que le puse fue porque siempre he notado cierta confusión respecto de todas las normas de derecho internacional. De hecho, cuando se habla de derecho internacional, uno asume que todas las opiniones consultivas, todo tiene el mismo rango y todo tiene el mismo valor. Quizás por eso fue el énfasis, porque los énfasis son una reacción a temas que uno ve. En general, desde la perspectiva de los derechos humanos, en muchas ocasiones siento que se mezclan más y no se hace realmente la distinción entre lo que es vinculante y lo que no es vinculante, por lo que probablemente el énfasis va precisamente por ese lado.

¿Por qué veo cierto temor en la mezcla, y no es que yo quiera que Chile no avance en la cooperación internacional del desarrollo de los derechos humanos? Por varias razones. Una es la fragmentación. Tenemos múltiples organismos y fuentes que no necesariamente tienen que conversar entre sí, sino que están aisladas, y me parece difícil que todas tengan un mismo rango, que todas tengan que ser incorporadas automáticamente y que todas se consideren como una sentencia vinculante, que implique, por ejemplo, la obligación de eliminar una ley redactada democráticamente.

Precisamente, por la fragmentación, porque hay un comité que se dedica a ciertos derechos, otro comité que se encarga de otro tipo de derechos y un último que se preocupa de ciertos grupos. Entonces, el que tiene la visión global finalmente es el Estado, nos guste o no. Obviamente, la idea es limitar al Estado, porque la idea es que el Estado esté al servicio de la persona humana y tiene como fin proteger los derechos. Pero institucionalmente, en la normativa, me parece complejo que cada una de estas observaciones, documentos sean considerados al mismo nivel de lo que sería una sentencia de un Tribunal Constitucional, que permite dejar sin efecto una norma

democrática; porque, por esta multiplicidad, me parece que es muy difícil llevarlo a la práctica directamente.

Por otro lado, porque el encuadre de los casos, especialmente en el sistema interamericano, a nivel de la Corte -estamos hablando de casos concretos-, son casos jurisdiccionales. Entonces, ¿qué ocurre? Tenemos a una parte víctima o supuesta víctima, como a veces le llama la Corte, que presenta el caso, y tenemos al Estado que se defiende, y muchas veces se incluye la impugnación de normas de ese Estado concreto. Cuando son hechos, creo que es menos complejo; pero cuando se impugnan legislaciones, esa legislación, en ese país concreto, puede haber tenido el objetivo de defender a otros grupos que no van a ser parte del litigio. De hecho, la Corte no permite que vayan como parte, no lo permite el Reglamento de la Corte, solo va a enfrentarse a mí [...] y no es lo mismo, obviamente, porque no tienen el derecho a ser oídos.

Entonces, a veces, en el litigio internacional, por el encuadre de los casos, hay terceros invisibilizados, y esas sentencias, que no tuvieron en cuenta a todos los posibles intervinientes, que después tengan aplicación directa y puedan tener el efecto de derogar una ley o que se deje sin efecto una ley, me parece complejo, porque no tienen a la vista, por ser un órgano jurisdiccional que está sujeto a las pruebas, que tiene que fallar de acuerdo con las pruebas que se le presentan, me parece complejo.

Por ejemplo, cuando hay casos de comunidades indígenas con empresas que realizan extracción de recursos, donde se ven involucradas tanto empresas privadas como públicas, se presenta una situación para los sindicatos de esas empresas, que puede derivar en que los trabajadores queden sin su fuente laboral.

Probablemente, en esos casos solo vamos a tener en el litigio a la comunidad indígena y al Estado, cuando en realidad tenemos muchos más actores involucrados, y, además, esa sentencia que se puede haber dictado contra Guatemala, tendremos que aplicarla en Chile.

Entonces, lo que preocupa es la inmediatez de considerar que todo es vinculante sin una aplicación nacional ni una intervención de la autoridad. Ese encuadre de los casos hace compleja una aplicación directa.

Otro aspecto que dificulta esta aplicación directa es la extensión de muchas de estas observaciones generales -en concreto, estoy pensando en la sentencia de la Corte Interamericana-, ya que a veces es difícil determinar cuál es la parte que realmente sería vinculante, porque la Corte suele citar muchas doctrinas y observaciones, y da un marco teórico muy amplio en su sentencia. Es más, se agradece que haya ido reduciéndolo, así como la extensión de las sentencias, para facilitar que todos podamos llegar a ellas.

En resumen, se hace muy difícil saber con exactitud, por ejemplo, en ese caso contra Perú, qué es lo que sería aplicable para Chile. En el fondo, no sabemos si tenemos que aplicar

todas las citas que hace, en las que incluso cita el derecho comparado, el derecho europeo y el derecho internacional de otras regiones, o las normas de reparación que indica.

Es difícil, en la práctica, hacerlas vinculantes de la misma manera, al punto de dejar sin efecto una ley. Eso es lo que me parece complejo de la jerarquía.

Se pueden tomar en cuenta estos aspectos para su interpretación, pero creo que es necesaria una dinámica de complementariedad; una dinámica de jerarquía automática. Ese es el énfasis que me parece más sano, porque también hay que considerar que a estos organismos internacionales se les pueden hacer las mismas críticas que se le hacen al carácter de contramayoritario que tiene el Tribunal Constitucional actualmente.

Hay que tener cuidado de no estar replicando a nivel internacional algo que también se ha criticado a nivel interno.

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

Tiene la palabra el profesor Gonzalo García.

El señor **GONZALO GARCÍA** (expositor).- Señor Presidente, respecto de la pregunta de la comisionada Magaly Fuenzalida, creo que es muy importante cómo leer la base que viene del artículo 154, ya que este tiene una historia.

Estamos en un proceso constituyente, de hecho, esta es la segunda fase, y no es lo mismo decir que Chile es un Estado unitario desde siempre, desde el siglo XIX, a decirlo inmediatamente de nuevo después de un proceso constituyente.

Hay que remontarse muy lejos: en realidad, Chile nunca tuvo una dimensión sobre fracturas y cuestiones de esa naturaleza, pero, claro, en algunas miradas y lecturas sobre el proceso constituyente pareciera haber asomado esa idea.

Hago esta combinación porque la trayectoria institucional del desarrollo regional chileno es una trayectoria de creciente autonomía, y no la podemos detener por el mismo concepto de reconfiguración de poderes centralizadores.

Esta es una lectura solo de la palabra. La combinación es bastante más contextual, más amplia, y uno puede interpretarla en el siguiente sentido: primero, esta norma dice relación con las funciones de descentralización. Entonces, está muy asociada a la perspectiva centralizadora. Es nuevamente una lectura solo desde la administración central.

La pregunta es qué pasó con los municipios, con la autonomía local y con la autonomía regional. Si bien esas cuestiones son centrales y no podemos adelantar discusiones sobre los mecanismos de instrumentación de la autonomía regional y local,

como aquí lo vamos a definir en el orden de los principios, perfectamente hay cosas que se pueden decir.

Primero, hay un objetivo que está definido en la Constitución y que hay que volver a desarrollar, que es la solidaridad regional o el desarrollo regional. Sin embargo, lo abordaría de la siguiente manera: diría que Chile es un Estado unitario, descentralizado -ya se agregará la expresión sobre desconcentración-, pero que debe configurar un ordenamiento territorial justo, con desarrollo regional equilibrado y con prestaciones sociales e igualitarias.

Esa es una regla que articula el Estado social porque, efectivamente, uno de los grandes problemas no es solo que no haya regiones equilibradas, sino que, a nivel de los derechos de las personas, no exista una perspectiva razonablemente equilibrada.

Esa perspectiva equilibrada tiene que hacerse cargo de las desigualdades que no solo están a nivel territorial, sino que se producen gráficamente con nuestros sectores más desaventajados. No puede ser que la región de La Araucanía tenga los peores índices sociales. Desde el punto de vista del principio de origen, eso no puede quedar al margen de una idea para modificarlo.

La expresión "ordenamiento territorial" también es muy importante en el contexto de la configuración de ese tipo de reglas, porque el ordenamiento territorial es, justamente, lo que permite la habilitación de todas las capacidades de despliegue y uso de las potencias del país, no solo al servicio de una mirada descentralizada, sino también al servicio completo de aquellos que habitan en el territorio.

Ese tipo de expresiones y reglas generales permiten ir apuntando, en el nivel de los principios, a cuestiones de esta naturaleza.

Finalmente, además, me parece que esto no es incompatible con la autonomía local. De hecho, hay reglas relativamente parecidas. Tengo a la vista la Constitución de Croacia que dice que el Estado es unitario, con autonomía local.

En fin, hay cuestiones que articular. No podemos abandonar la historia del municipalismo, que data de 1888.

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

Tiene la palabra el profesor Zarco Luksic.

El señor **ZARCO LUKSIC** (expositor).- Señor Presidente, la Constitución -particularmente la de 1980- establece que el Estado es unitario, pero acá el acuerdo de las bases es que es unitario y descentralizado. Eso es muy importante.

Por ejemplo, la Constitución peruana señala que es unitario descentralizado, lo que hace una diferencia brutal, porque el Estado unitario descentralizado establece una obligatoriedad a los poderes públicos, toda vez que consigna, en el mismo principio, que tiene que haber un proceso de descentralización.

Si bien más adelante abordaremos el principio de gradualidad, creo que es factible incorporarlo. Por ejemplo, el proceso español es esencialmente gradual y el proceso italiano prácticamente también lo es, desde el punto de vista de la transferencia de competencias.

Los otros principios que se mencionan y que están en la actual Constitución son el de equilibrio territorial, el de solidaridad entre las regiones, el de desarrollo armónico y equitativo de las regiones y comunas, entre otros.

Por último, otro principio muy importante es el de radicación o subsidiaridad de carácter vertical, que significa que aquellas competencias que no son del gobierno central, del Estado, o de los gobiernos regionales, las asumen los gobiernos locales. Además, si es el gobierno nacional el que no tiene esas competencias, estas las puede asumir el gobierno regional.

En conclusión, ahí tenemos un principio muy rico, que tiene que ver con esta idea de los organismos intermedios; y parte de esos organismos intermedios son las entidades territoriales.

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

Tiene la palabra el profesor José Miguel Valdivia.

El señor **JOSÉ MIGUEL VALDIVIA** (expositor).- Señor Presidente, con respecto a la pregunta anterior, es verdad que la idea de descentralización o desconcentración está mirada desde el centro, pero esa mirada desde el centro es muy coincidente con la idea y exigencia del principio democrático que nos dice que la cabeza de este país es manifestación privilegiada de la opinión de la ciudadanía.

Respecto de las preguntas del comisionado Frontaura, en particular, creo que no va en la misma línea la observación relativa al interés general, en esta disputa que considero que es digna de ser dada entre el interés general y el bien común.

Creo que la idea de interés general es más moderna que la de bien común, ya que la noción de bien común marca un modelo de gestión de la cosa pública, que es premoderno. Bajo el antiguo régimen, es el rey el que tiene que hacer las cosas bien: *Rex eris si recta facias*, decía mi profesor de Historia del Derecho; todavía lo tengo muy grabado.

Hay un modelo de gestión correcta que viene dado, en cierto modo, por la naturaleza de las cosas, y eso es contrario a la forma republicana del Estado, donde la cosa pública es definida

entre todos y no es una derivación de la naturaleza de las cosas o de un orden preestablecido.

¿Cuáles son los límites que garantizan los derechos de las personas en este Estado nuevo que generamos?

No veo ninguna dificultad en reconocer que el reconocimiento de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, justamente, tiene por objeto definir cuál es el límite que tiene el Estado respecto de las esferas de libertad, igualdad e inmunidad de los individuos.

Llamo la atención sobre la fórmula con que esta se recoge en las llamadas bases de la institucionalidad, donde se define como "límite a la soberanía". No conozco expresiones equivalentes en el derecho comparado, y me parece que, naturalmente, esa fórmula tiene por objeto hacer un guiño a la política internacional del Estado chileno, para determinar cuál va a ser la relación entre el derecho interno y el derecho internacional.

Sin duda ahí hay algo que revisar, en la línea de garantizar adecuadamente las definiciones democráticas del Estado chileno frente a los déficits democráticos que presenta el derecho internacional, con una adhesión expansiva y enriquecedora a los derechos fundamentales, pero siempre en términos de que sea respetuosa del principio democrático. A eso me refiero con la primera observación.

En relación con la seguridad jurídica, quiero aclarar que no soy enemigo de ella. Es más, el derecho genera seguridad jurídica sin necesidad de nada; el derecho "es" seguridad jurídica en la medida en que establece las reglas del juego y cuál es la posición del individuo frente a los demás.

Recuerdo esa idea que planteó este filósofo del derecho tan importante para nosotros, Jorge Millas, hace ya mucho tiempo, donde señaló que el único valor jurídico es la seguridad jurídica; o sea, independientemente de su contenido, lo único que genera por sí solo el derecho es seguridad. Por lo tanto, no necesitamos una proclamación de la seguridad jurídica para tenerla.

Por el contrario, creo que una proclamación cualquiera de la seguridad jurídica corre el riesgo de generar una estabilización, una congelación del derecho, que termine inhibiendo al Estado de desarrollar políticas sociales más o menos invasivas en los derechos de los demás, porque la fórmula del Estado social supone sacrificar intereses privados; necesariamente, supone que para aventajar a alguien tiene que desaventajar y retrasar a otros. Para usar una expresión muy castiza: "Para hacer esa tortilla, va a haber que quebrar algunos huevos."

Por lo tanto, un principio de seguridad jurídica, en cualquier manifestación que tenga, puede tener este efecto inhibitorio respecto de las políticas sociales, que me parece es contraproducente.

Las versiones triviales de la seguridad jurídica muestran la posición del individuo frente a las reglas y el derecho; esa es la primera vertiente de la seguridad jurídica. Si enseguida queremos añadirle una vertiente de estabilidad o inmunidad a las variaciones normativas, sin duda, eso es contrario al principio democrático, a la institucionalidad del Estado, a la distribución de poderes, etcétera.

No sé si podemos tener adhesión respecto de un principio de esa naturaleza.

Frente a esos riesgos es que creo necesario estar alerta. A eso apunta mi intervención.

Muchas gracias.

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

Entiendo que hemos terminado nuestra ronda de intervenciones.

Quisiera agradecer a los cuatro profesores por habernos acompañado el día de hoy. Sus intervenciones han sido muy ilustrativas y en todas hay elementos rescatables.

Sin duda, vamos a tener que discutir muy profundamente en esta Subcomisión respecto de cómo compatibilizar las libertades con el Estado social y democrático de derecho.

Nos vamos a abocar a ello con mucho entusiasmo, sin perder de vista que -en mi modesta opinión- el espíritu de este proceso, a diferencia del anterior, es que aquí no se menoscaben los derechos de ninguna persona y que, ojalá, se quiebre la menor cantidad de huevos posible, porque el espíritu de este proceso es otro.

Por haber cumplido con su objeto, se levanta la sesión.

-Se levantó la sesión a las 11:32 horas.

MAURICIO CÉSPED MORA,
Coordinador de Redacción.