

# PROCESOS CONSTITUCIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CASO CHILENO

(CARTAGENA DE INDIAS – COLOMBIA)

GONZALO GARCÍA PINO

MINISTRO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE

La Constitución arbitra un conjunto de garantías plurales para la protección de los derechos fundamentales.

Siguiendo la metodología básica de la teoría de los derechos fundamentales que distingue entre las garantías jurisdiccionales y las no jurisdiccionales y aquellas de origen nacional respecto de las extranjeras, bosquejaré brevísimamente las principales vías de protección de derechos para centrarme, finalmente, en la actividad jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

## **I. Garantías no jurisdiccionales**

Como garantía no jurisdiccional destaca la introducción desde el año 1998 del acceso a la información pública administrativa, elevada a rango constitucional el año 2005 y convertida institucionalmente en una legislación fuerte dotada de un órgano poderoso que la impulsa: el Consejo para la Transparencia. A través de éste, la democracia ha dotado a sus ciudadanos, a los medios de comunicación social y a los abogados, de los mecanismos que permiten controlar más eficazmente la actividad estatal y, en este último, a partir de este control también extenderlo a aquellos organismos privados, empresas que desarrollan servicios públicos o ejercen funciones públicas, en cuestiones tan esenciales como la provisión de agua potable, electricidad, etc.

## **II. Garantías jurisdiccionales**

Existen dos modalidades: las acciones constitucionales y las acciones o recursos legales. Partiremos por éstas últimas que son relevantes pero tienen un menor rango aún cuando son parte más significativa de las preocupaciones del legislador.

### **a. Garantías legales de protección de los derechos fundamentales**

Son las acciones adicionales definidas por el legislador que garantizan la protección específica de determinados derechos constitucionales frente a toda amenaza, privación o perturbación que los limite, restrinja o impida su ejercicio regular. El artículo 20 inciso primero de la Constitución establece el Recurso de Protección como una acción

constitucional que puede interponerse “sin perjuicio de los demás derechos que se pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”. El legislador, bajo ese mandato, ha ido ampliando la protección más allá de la dimensión cautelar, de urgencia y extraordinaria de un Recurso de Protección. Es así como ha establecido la acción de amparo económico (Ley 18.971), la acción de reclamación tributaria (artículo 155 del Código Tributario), el recurso de nulidad en juicios laborales (artículo 477 del Código del Trabajo), la acción de tutela de derechos fundamentales del trabajador (artículo 485 a 495 del Código del Trabajo), la acción de no discriminación contra los discapacitados (artículo 57 de la Ley 19.284) y la acción general de no discriminación (artículo 3 de la Ley 20.609).

## **b. Garantías constitucionales de protección de los derechos fundamentales**

**b.1.- La acción de amparo:** Es la acción constitucional establecida para tutelar la libertad personal y seguridad individual frente a todo acto ilegal que represente una amenaza, perturbación o privación para el legítimo ejercicio de la misma.

La acción de amparo se conoce también como *habeas corpus*, expresión latina que significa “que tengas tu cuerpo [para exponer]” (RAE). Es una garantía constitucional del derecho establecido en el art. 19 No. 7 y se le llama también “recurso” de amparo.

La acción de amparo se encuentra regulada en el art. 21 de la Constitución y comprende básicamente dos requisitos: la persona debe haber sido arrestada, detenida o presa y la privación de libertad debe ser producto de una infracción a lo dispuesto en la Constitución y las leyes. La legitimación activa es amplia: pueden interponer esta acción el propio interesado o cualquiera a su nombre capaz de parecer en juicio y sin necesidad mandato especial. Adicionalmente, no requiere patrocinio de abogado ni la designación de apoderado. La amplitud de la legitimidad activa y el carácter desformalizado del escrito tienen por objeto configurar una acción expedita y eficaz para tutelar prontamente el derecho amenazado o afectado.

El tribunal tiene amplias potestades para velar por la libertad personal y la seguridad individual del sujeto, pudiendo ordenar que se adopten las providencias necesarias para restablecer el imperio del Derecho y asegurar la protección del afectado.

Respecto a su tramitación ante las cortes de apelaciones, la ley ha conferido para su vista y fallo preferencia sobre las causas ordinarias, debiendo ser resuelta en 24 horas. Una vez ingresada la acción y con la cuenta del relator, el ministro de la sala debe solicitar de forma urgente un informe de la detención o prisión que motivo la acción. Evacuado dicho informe, o vencido el plazo razonable que el tribunal haya señalado para su emisión, se traerán los “autos en relación” (decreto que no necesita ser notificado). Luego de la vista de la causa, se cierra el debate y la acción debe fallarse en un plazo de 24 horas, que puede ser ampliado en determinadas circunstancias.

El tribunal, antes de dictar sentencia, puede tomar las siguientes medidas: a) ordenar que el individuo sea traído a su presencia y su decreto será precisamente obedecido por todos los encargados de las cárceles o lugares de detención (Art. 21); b) comisionar a alguno de sus ministros para que, trasladándose al lugar en que se encuentra el detenido o preso, oiga a éste, y, en vista de los antecedentes que obtenga, disponga o no su libertad o subsane los defectos reclamados (Art. 309 Código de Procedimiento Penal), c) y solicitar el envío inmediato de los autos originales en que se dictó la resolución recurrida

La sentencia que resuelve la acción de amparo puede dictaminar, dependiendo de la situación, alguna de las siguientes cuestiones: a) ordenar la inmediata libertad del arrestado, detenido o preso; b) dejar sin efecto la resolución impugnada; c) ordenar corregir los defectos o irregularidades; d) en general, “adoptar de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”. La decisión de la Corte de Apelaciones puede ser apelada ante la Corte Suprema dentro del plazo de 24 horas, contados desde su notificación.

**b.2.- Acción de protección:** Es la acción constitucional establecida para tutelar los derechos taxativamente enumerados en el art. 20 de la Constitución, frente a toda acción u omisión ilegal o arbitraria que represente una amenaza, perturbación o privación para el legítimo ejercicio de los mismos.

La acción de protección es una garantía constitucional establecida para proteger los derechos listados en el art. 20 y se le conoce también como “recurso” de protección. El TC ha estimado que la acción de protección es una acción de carácter cautelar, cuyo objeto es constituir una garantía rápida y eficaz para restablecer el imperio del derecho y asegurar la protección del afectado (STC R. 1.557).

El legitimado activo es amplio, pues la acción puede ser interpuesta por una persona natural o jurídica, o por “cualquiera a su nombre”. Sin embargo, no constituye una acción popular.

La acción se dirige en contra de una conducta antijurídica que puede ser activa o pasiva, es decir, de “actos u omisiones ilegales o arbitrarios” (Art. 20). Tal conducta puede haber sido ejecutada –o no ejecutada, en el caso de la omisión– por parte de autoridad administrativa o funcionarios dependientes de ella o, incluso, de algún particular. La acción de protección no puede impugnar la constitucionalidad de un precepto legal (STC R. 1.266).

El carácter de la antijuridicidad de la conducta puede ser de dos tipos: ilegal y/o arbitraria. No son incompatibles o excluyentes entre sí. La acción u omisión *ilegal* se ha entendido en un sentido amplio, esto es, como contrario al derecho en sentido estricto o positivo. En cambio, la *arbitrariedad* se ha entendido como aquello contrario a la justicia,

algo irracional o desproporcionado para el fin querido. Se trata de conductas caprichosas y carentes de fundamento (STC R. 1.341). Esta variante de anti-juricidad se aplica especialmente ante el ejercicio de potestades discrecionales de los órganos públicos (SCS R. 887-2008).

La Constitución establece una excepción a estos requisitos de la acción de protección cuando se trata del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. El art. 20, inc. 2º dispone que la acción procede cuando existe “un acto u omisión ilegal imputable a persona o autoridad determinada”. Existen dos diferencias, por tanto, con las reglas generales de la acción de protección. En primer lugar, las causales de antijuricidad han sido limitadas a la ilegalidad, excluyendo las acciones u omisiones arbitrarias. En segundo lugar, la acción debe acreditar un presupuesto de imputación a un sujeto determinado. La imputación exige que se determine un nexo entre la acción u omisión ilegal de la persona o autoridad recurrida, por un lado, y la privación, perturbación o amenaza del derecho consagrado en el art. 19 No. 8.

La conducta recurrida debe generar un efecto determinado sobre el ejercicio legítimo del derecho afectado, ya sea privándolo, perturbándolo o amenazándolo. La *privación* de un derecho es la imposibilidad de ejercicio de cualquiera de las dimensiones o facultades que éste admite, es decir, de un desconocimiento del contenido esencial que asegura la Constitución a tal derecho. Es una de las formas más intensas de afectación de un derecho por parte de una conducta antijurídica. La *perturbación* es una figura con una intensidad menor a la privación y genera el efecto de obstaculizar o dificultar el ejercicio y goce de las conductas protegidas por el derecho en cuestión. La *amenaza*, por otra parte, supone una situación distinta: la afectación del derecho, por parte de la acción u omisión ilegal o arbitraria, es potencial, es decir, existe un riesgo cierto e inminente del acaecimiento de un mal grave para el ejercicio legítimo del derecho del afectado.

**Derechos constitucionales protegidos por la acción de protección.** La acción de protección tutela únicamente los derechos taxativamente establecidos en el art. 20. Quedan comprendidos dentro de la acción de protección el art. 19, números 1º (derecho a la vida e integridad física y síquica), 2º (igualdad ante la ley), 3º inc. quinto (prohibición de juzgamiento por comisiones especiales), 4º (respeto a la vida privada y la honra), 5º (inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones privadas), 6º (libertad de conciencia y de creencia), 9º inc. final (libertad de elección del sistema de salud), 11º (libertad de enseñanza), 12º (libertad de opinión e información), 13º (derecho de reunión), 15º (derecho de asociación), 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inc. cuarto (limitación a la prohibición de trabajo), 19º (derecho de sindicación), 21º (derecho a desarrollar cualquier actividad económica), 22º (prohibición de discriminación arbitraria en materia económica), 23º (libertad de adquisición del dominio de bienes), 24º (derecho de propiedad), y 25º (libertad

de creación artística).El inc. 2º del art. 20 agrega a la enumeración, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (art. 19 No. 18).

Son las medidas judiciales que adopta el tribunal competente para reestablecer el imperio del derecho, en el evento de verificarse una amenaza, perturbación o privación de uno de los derechos protegidos por acción de protección.

En términos generales, la sentencia que acoge la acción de protección tiene amplias facultades para ordenar de inmediato las providencias necesarias con el objeto de restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado. Sin embargo, pueden quedar sin resolver otras pretensiones del recurrente que son propias de un juicio de lato conocimiento o sumario.

**Procedimiento de la acción de protección.** El tribunal competente para conocer en primera instancia es la Corte de Apelaciones respectiva (art. 20). El AA especifica este aspecto: será aquella Corte en “cuya jurisdicción se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión arbitraria o ilegal que ocasionen privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de las garantías constitucionales respectivas” (art. 1º, AACCS).

Al tratarse de una garantía constitucional que busca ser un mecanismo de protección rápido y eficaz, la acción no se tramita por las reglas procesales generales. En efecto, el principal motivo de esta acción es que en un procedimiento breve, con el objeto que la Corte de Apelaciones “restablezca el imperio del derecho y asegure la debida protección del afectado”, con urgencia y sin demora.

El Auto Acordado que regula el Recurso de Protección establece que la acción debe interponerse en el plazo de 30 días, contados desde “la ejecución del acto o la concurrencia de la omisión, según la naturaleza de éstos, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos” (art. 1º, AACCS).

Acogido el recurso por la corte a tramitación, este pedirá un informe al recurrido, fijándole un plazo breve y perentorio para evacuarlo. Recibido este informe y los antecedentes requeridos o incluso sin ellos, el tribunal dispondrá traer los autos en relación, además el juez cuando lo estime conveniente, podrá decretar orden de no innovar como también podrá decretar todas las diligencias que estime necesarias para el cumplimiento de los fines de la acción de protección.

**b.3. Acción de reclamación por privación o desconocimiento de la nacionalidad:** Es la acción constitucional establecida para tutelar el derecho a la nacionalidad frente a todo acto o resolución que prive o desconozca la nacionalidad chilena de una persona.

La acción es una garantía constitucional del derecho a la nacionalidad y se encuentra regulado en el art. 12 y se dirige contra todo acto o resolución administrativa que prive o desconozca la nacionalidad chilena de un individuo. La Constitución establece un plazo de treinta días para recurrir ante la Corte Suprema por la vulneración del derecho (art. 12). La Corte conoce de la acción en pleno y actúa como jurado, apreciando los hechos y resolviendo en conciencia (véase "Jurado").

La interposición de la acción suspende los efectos del acto o resolución recurrida, por lo que el afectado conserva la nacionalidad chilena hasta que la Corte se pronuncie en contrario o rechace el recurso (art. 12).

Interpuesta la reclamación, la Corte Suprema debe asegurar el expedito ejercicio de la acción pidiendo, en primer término, un informe al Ministerio de Relaciones Exteriores que debe ser evacuado en un plazo de diez días. Una vez obtenido el informe o ante la expiración del plazo, la Corte recibe las observaciones y pruebas pertinentes que aporten cada una de las partes. Adicionalmente, y siempre funcionando en pleno, la Corte puede dictar medidas para mejor resolver, o resolver el asunto inmediatamente. La interposición de esta acción no impide el ejercicio de la acción de protección.

### **III. ACCIONES JURISDICCIONALES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

El Tribunal Constitucional no ejerce una función directa en la protección de derechos fundamentales. Como vimos, tal tarea compete a la justicia ordinaria reforzada. Lo menciona así porque las acciones de amparo y de protección se presentan ante las Cortes de Apelaciones y son apelables a la Corte Suprema siendo hoy la principal actividad jurisdiccional de ésta última.

Desde ya sostengo que la acción del Tribunal Constitucional es indirecta en la protección siendo varias las modalidades que lo permiten.

El control de constitucionalidad es la expresión genérica de un conjunto de procedimientos reglados, constitucional y legalmente, que se suscitan ante el Tribunal Constitucional por órganos legitimados procesalmente, con el objeto de contrastar contra un parámetro iusfundamental, diversos cuerpos normativos específicos y cuyo resultado es una sentencia estimatoria o desestimatoria de constitucionalidad. Este procedimiento jurisdiccional está integrado por el sujeto o parámetro de control, por las normas objeto de control, por una ritualidad procesal y por determinados efectos específicos relativos a la norma, sea interpretándola de manera conforme con la Constitución, declarándola inaplicable a efectos del caso concreto o expulsándola del ordenamiento jurídico.

## **1. Primera vía indirecta: el control preventivo y obligatorio de constitucionalidad.**

Es el procedimiento excepcional de control de oficio, regulado en el artículo 93 N° 1 de la Constitución, relativo a los proyectos de leyes interpretativas constitucionales, orgánicas constitucionales y de tratados internacionales que se refieran a materias de Leyes Orgánicas Constitucionales y que hace a este trámite, parte integrante de la última etapa del proceso de formación de la ley. La dimensión preventiva consiste en que para nacer al mundo del derecho estas leyes se han de ajustar al parámetro constitucional considerado abstractamente. Y el control es obligatorio porque es un requisito de su validez el hecho de que sean verificadas con anterioridad a su entrada en vigencia. De esta manera, “la cámara de origen enviará al Tribunal Constitucional el proyecto respectivo dentro de los cinco días siguientes a aquél en que quede totalmente tramitado por el Congreso” (artículo 93 inciso segundo). Si durante la tramitación del proyecto de ley se hubiere suscitado una cuestión de constitucionalidad se deberán enviar “actas de las sesiones, de sala o comisión, o el oficio del Presidente de la República, en su caso, donde conste la cuestión de constitucionalidad debatida o representada” (artículo 48 inciso 3° de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional). El Tribunal Constitucional tiene un plazo de 30 días para resolver la constitucionalidad del proyecto, prorrogable hasta por otros 15 días. Su decisión, generalmente fundada, tendrá diversos efectos dependiendo de la norma objeto de control. Tratándose de un tratado internacional, se ha de distinguir si la inconstitucionalidad es total o parcial. En el primer caso, se impide que el Presidente de la República ratifique y promulgue el tratado. Si es parcial “facultará al Presidente de la República para decidir si el tratado se ratifica y promulga sin las normas objetadas, en caso de ser ello procedente conforme a las normas del propio tratado y a las normas generales del derecho internacional” (artículo 49 inciso final de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional). En los demás casos, se remite el proyecto a la Cámara de origen para que lo envíe al Presidente de la República con el objeto que promulgue la ley con exclusión de las normas declaradas inconstitucionales. El pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de estos proyectos implicará que no se admitirá a tramitación ningún requerimiento sobre dichos textos y preceptos legales. De la misma manera, si un precepto es declarado constitucional “no podrá declararse inaplicable por el mismo vicio materia del proceso y de la sentencia respectiva” (artículo 51 inciso final de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional).

## **2. Segunda vía: La acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.**

El TC lo ha definido de la siguiente forma: “[e]l requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es la acción que el ordenamiento supremo franquea para evitar que la aplicación de uno o más preceptos legales, invocados en una gestión judicial pendiente, produzca efectos, formal o sustantivamente, contrarios al Código Político. Trátase, por

ende, de un control concreto de la constitucionalidad de la ley, centrado en el caso sub lite y cuya resolución se limita a qué disposiciones legales determinadas, en sí mismas, resulten, en su sentido y alcance intrínseco, inconciliables con el texto y el espíritu de la Carta Fundamental” (STC R. 1390).

**Referencia histórica.** Esta acción fue incorporada como competencia del TC en las reformas constitucionales del año 2005. Con anterioridad, el control de constitucionalidad de las leyes fue atribuido a la Corte Suprema, mediante el Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad. El artículo 86 de la CPE 1925 dispuso que “la Corte Suprema, en los casos particulares de que conozca o le fueren sometidos en recurso interpuesto en juicio que se siguiere ante otro Tribunal, podrá declarar inaplicable, para ese caso, cualquier precepto legal contrario a la Constitución. Ese recurso podrá deducirse en cualquier estado del juicio, sin que se suspenda su tramitación”.

La Constitución de 1980 mantuvo este recurso en los siguientes términos: “La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca, o que le fueren sometidos en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento”. Para que prosperara el recurso era necesario: “a) la existencia de un vicio de fondo y no de forma de la ley que se pretende declarar inaplicable; b) la existencia de una gestión pendiente que se siga ante otro tribunal o ante la propia Corte Suprema; c) que el precepto legal que se pretende aplicar sea contrario a la Constitución; d) que el precepto legal cuya constitucionalidad se impugna haya entrado en vigencia con posterioridad al texto constitucional.” (NOGUEIRA, 1992: 321). Su limitada interpretación referido sólo a vicios de fondo, sus efectos vinculantes *inter partes* y no generales, y una jurisprudencia excesivamente deferente con el legislador devinieron en su traslado al TC transformando radicalmente esta acción.

**Órganos o personas legitimados.** Existen dos tipos de requerimiento: el particular y el judicial. Sólo las partes en una gestión judicial pendiente pueden presentar un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, entendidos como todos aquellos respecto de los cuales hay un juicio o gestión pendiente ante cualquier tribunal ordinario o especial de la República. Y como órgano legitimado, el juez de la causa ante la cual exista una gestión pendiente en que deba aplicarse un precepto legal impugnado de inconstitucional (artículo 93 N° 6). La determinación de impulsar el requerimiento judicial es resorte exclusivo del juez de la causa.

**Admisión a trámite.** Es una etapa procesal preliminar en donde se examina, en línea de principio, los elementos formales del requerimiento. Sin embargo, del análisis de los requisitos sí existen aspectos sustanciales que pueden derivar en el rechazo del



requerimiento. Es así como el escrito: a) debe “contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional” (art. 80 LOCTC); b) Tratándose de un escrito de una parte “se deberá acompañar un certificado expedido por el tribunal que conoce de la gestión judicial, en que conste la existencia de ésta, el estado en que se encuentra, la calidad de parte del requirente y el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados” (art. 79 inc. 2° LOCTC). c) En el caso de un requerimiento judicial, éste “deberá formularse por oficio y acompañarse de una copia de las piezas principales del respectivo expediente, indicando el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados” (art. 79 inc. 3° LOCTC).

El cumplir las exigencias de los arts. 79 y 80 LOCTC deriva en su admisión a trámite y si no se tendrá por no presentado, sin perjuicio del derecho de subsanar defectos formales u omisión de antecedentes, dentro de tercero día de la resolución de una de las salas del TC.

Hay casos en donde el TC ha precisado que “el requerimiento adolece de vicios o defectos tales que hacen imposible que pueda prosperar, siendo así impertinente que la sala respectiva efectúe un examen previo de admisión a trámite y procediendo que la misma declare derechamente la inadmisibilidad de la acción” (Por ejemplo, STC R. 1727, 1749, 1753, 1883, 1890 ó 1935)

**Admisibilidad de la acción.** Es el trámite procesal más significativo que adopta la sala del TC. Admitido a trámite un requerimiento, la sala del TC tiene un plazo de cinco días para pronunciarse sobre la admisibilidad, una vez realizadas las respectivas notificaciones a las partes de la gestión judicial o al juez para que deje constancia en el proceso de la admisión a trámite. Las causales para que la sala declare la inadmisibilidad del requerimiento son las siguientes:

- “1.- Cuando el requerimiento no es formulado por una persona u órgano legitimado;
- 2.- Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva;
- 3.- Cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada;
- 4.- Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal;
- 5.- Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueva la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto, y

6.-Cuando carezca de fundamento plausible” (art. 84 LOCTC).

Declarado admisible el requerimiento el Tribunal notificará a las partes o al juez y conferirá un plazo de veinte días para formular observaciones y presentar antecedentes. Excepcionalmente, este trámite se da en un marco de bilateralidad de la audiencia cuando una de las partes solicita alegatos para la admisibilidad del requerimiento. Asimismo, se notificará a los órganos constitucionales interesados a objeto de que estimen si se hacen parte o no en un proceso constitucional de inaplicabilidad. Realizadas estas gestiones y vencidos los plazos legales, el Presidente del TC incluirá el asunto en la tabla de pleno para su decisión.

Existe abundante jurisprudencia para verificar casos en donde no se cumplen los requisitos de admisibilidad. En tal sentido, es fundamental verificar qué se entiende por “gestión judicial”, siendo aquella que “está referida al negocio jurisdiccional a que da origen una controversia jurídica entre partes (dos o más personas con intereses contrapuestos), sometida al conocimiento y decisión de un tribunal” (STC R. 1963). Así, a título meramente ejemplar, se ha declarado inadmisibles requerimientos por ser improcedente respecto de actuaciones administrativas (STC R. 514 ó 1477), por no ser un medio idóneo para impugnar resoluciones judiciales (STC R. 777 ó 817), tampoco es la vía para aclarar el sentido interpretativo de un precepto legal (STC R. 1172), que debe dirigirse contra precepto legal determinado y no contra un cuerpo normativo general (STC R. 1512) o que el requerimiento esté fundado razonablemente, esto es, que satisfaga los criterios de razonabilidad básicos. Finalmente, cabe entender que el escrito debe impugnar un precepto legal entendido como una unidad de lenguaje que se baste a sí mismo (STC R. 1254).

**Medida cautelar de suspensión del procedimiento.** El debido proceso contempla el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales. Un proceso constitucional debe contemplar, por los bienes jurídicos involucrados, una tutela cautelar que asegure provisionalmente los efectos de la decisión jurisdiccional definitiva así como neutralizar los perjuicios irreparables que podría ocasionar la duración del proceso, especialmente, si lo invocado son efectos contrarios a la Constitución resultantes de la aplicación de una ley. Para aquello la Constitución dispone que “a esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad” (art. 93 No. 6). Se solicita por la parte en el requerimiento o con posterioridad a la Sala o ésta puede declararla de oficio. La ley dispone que “[u]na vez decretada, se mantendrá hasta que el Tribunal dicte la sentencia y la comunique al juez ordinario o especial que conoce de la gestión pendiente. Pero la sala respectiva, por resolución fundada, podrá dejarla sin efecto en cualquier estado del proceso” (art. 85 LOCTC).

**Iura novit curia o derecho del TC a suplir insuficiencias del requerimiento.** Una de las grandes diferencias de un proceso legal común y un proceso constitucional es la presencia de esta institución excepcional. En las primeras las alegaciones identifican el horizonte de la causa, en cambio, en el proceso constitucional son tan relevantes los bienes jurídicos en juego, que el propio TC puede identificar nuevos fundamentos. La *iura novit curia* es el derecho a calificar correctamente el requerimiento presentado invocando la o las normas constitucionales que pueden estimarse infringidas. Se trata de una convocatoria excepcional a las partes para que se pronuncien sobre una nueva apreciación jurídica de otros posibles vicios de inconstitucionalidad. La ley regula que “[e]xcepcionalmente y por razones fundadas, el Tribunal podrá declarar la *inconstitucionalidad* de las normas cuestionadas basado únicamente en fundamentos constitucionales distintos a aquellos que han sido invocados por las partes en la litis. En este caso, deberá advertirles acerca del uso de ese posible precepto constitucional no invocado y permitirles así referirse a ello. Dicha advertencia podrá efectuarse en cualquier etapa del juicio, incluyendo la audiencia de la vista de la causa, cuando proceda, y también como medida para mejor resolver” (art. 88 LOCTC).

**Efecto de inaplicabilidad.** La sentencia estimatoria de inaplicabilidad es aquella que declara la inaplicabilidad por inconstitucionalidad acogida por la mayoría simple de los miembros del TC que concurrieron a la vista de la causa. Sus efectos son *interpartes*, generan cosa juzgada respecto del vicio resuelto y no impiden, del todo, que pueda presentarse un nuevo requerimiento en una misma gestión judicial pero por vicios necesariamente diferentes. Finalmente, hay un efecto externo de una sentencia de inaplicabilidad puesto que al pronunciarse se cumple con el presupuesto procesal necesario para invocar una cuestión de inconstitucionalidad de un precepto legal declarado previamente inaplicable. Esta alternativa es válida en todos los casos salvo que se trate de un tratado internacional, respecto del cual está vedado declarar su inconstitucionalidad (STC R. 1288).

### **3. Tercera vía: la declaración de inconstitucionalidad**

Finalmente, la última vía es el mecanismo de la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal declarado previamente inaplicable. En este caso se produce la derogación por inconstitucionalidad expulsando del ordenamiento jurídico tal norma por una decisión supramayoritaria de los cuatro quintos de los miembros en ejercicio del Tribunal Constitucional, esto es, ocho sobre diez Ministros.

Lo primero, es que hay que distinguir entre un antes y un después de las reformas constitucionales del año 2005. Con anterioridad, este control de leyes, bajo el formato de inaplicabilidad, estaba dentro del ámbito de la competencia de la Corte Suprema desde la Constitución de 1925, replicada por la Constitución de 1980 y radicalmente modificada el 2005. Con anterioridad, se discutía sobre la extensión del objeto de control. En particular, si

se podía controlar constitucionalmente leyes pre-constitucionales<sup>1</sup> o leyes derogadas por el legislador<sup>2</sup>o por el propio Tribunal Constitucional.<sup>3</sup>Hoy no hay duda, que la extensión del control se entiende referido a cualquiera de estas posibilidades puesto que el constituyente no ha limitado la invocación del requerimiento contra leyes como acontece en otros países que verifican un período en el cuál puede impugnarse.

Procedimentalmente sólo procede siempre que se haya declarado inaplicable previamente un precepto. La declaración de inconstitucionalidad puede ser promovida de dos maneras. Primero, de oficio por el propio TC y por acción popular por cualquier persona que tenga interés en ello. Para ello ha de fundarse en los mismos argumentos constitucionales previos, citarse el precedente y formularse las observaciones por escrito. Siempre hay audiencia pública y convocatoria amplia a expertos para que se pronuncien sobre el precepto.

\_\_\_\_\_ & \_\_\_\_\_

Todas las vías indicadas sirven como protección indirecta según demostraremos en los casos que se anexan y que reflejan una parte de la doctrina significativa en materia de derechos fundamentales en las cuales se ha pronunciado el TC durante el año 2013.

---

<sup>1</sup> STC 1846

<sup>2</sup>Ver el caso del derogado artículo 474 inciso tercero del Código del Trabajo respecto del cual se presentaron acciones de inaplicabilidad (STC 946 y 968) y que fueron estimados inaplicables.

<sup>3</sup>STC 1552

## DOCTRINAS ESENCIALES DEL TC SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES

### 1. Libertad de circulación y residencia.

STC: 2273-12 de 4 de julio de 2013 (inaplicabilidad por inconstitucionalidad).

Norma: Artículo 13, inciso primero, Decreto Ley N° 1.094, que establece normas sobre los extranjeros en Chile.

“Artículo 13.- Las atribuciones que correspondan al Ministerio del Interior, para el otorgamiento de visaciones, para las prórrogas de las mismas y para la concesión de la permanencia definitiva serán ejercidas discrecionalmente por éste, atendándose en especial a la conveniencia o utilidad que reporte al país su concesión y a la reciprocidad internacional, previo informe de la Dirección General de Investigaciones.

Las referencias que deberán contener las solicitudes que presenten los extranjeros, para el otorgamiento de estos permisos, los plazos dentro de los cuales deben presentarlos, los documentos que deberán adjuntar y el trámite de ellos, serán establecidos en el reglamento.”

Aplicación: Este precepto establece la prerrogativa del Ministerio del Interior para otorgar, prorrogar y conceder visados temporales o permanentes a extranjeros según un conjunto de tres criterios: la conveniencia que reporte al país su otorgamiento; la utilidad del mismo y la reciprocidad internacional en la materia. Adicionalmente, esta discrecionalidad amplia está limitada a la concurrencia de un requisito formal: la existencia de un informe previo de la Dirección General de Investigaciones.

#### Doctrina:

TRIGESIMOCTAVO: Que el considerando anterior tiene un efecto fundamental puesto que implica reconocer el derecho de “entrada” y “salida” del país a los extranjeros “a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley”. Esta norma resulta de natural extensión tratándose de turistas y visitantes temporales. Sin embargo, en el caso de migrantes, esto es de personas que manifiestan su voluntad de residir en el país, con mayor razón se ha de aplicar en toda su extensión. Recordemos que toda persona que haya ingresado regularmente al país goza de este derecho constitucional como si fuera nacional. Por tanto, resulta natural interpretar este derecho constitucional en toda su extensión incluyendo las facultades de ingreso y salida del territorio nacional respetando las normas legales que regulen esos pasos;

CUADRAGÉSIMO: Que la inexistencia de distinciones en la Constitución respecto de la titularidad de derechos fundamentales entre extranjeros y nacionales, sumada al hecho de

que la norma fundamental no dispone de reglas que habiliten la privación, a todo evento, del derecho de circulación y residencia de los extranjeros en Chile, obliga a cambiar el modo de analizar estas competencias. Por tanto, el punto de vista correcto es sustituir la máxima discrecionalidad de orden público de la potestad administrativa de policía de seguridad del Ministerio del Interior, en materias de extranjería, por un enfoque de derechos en el examen de los requisitos de ingreso y permanencia de un extranjero en el país;

CUADRAGESIMOSEGUNDO: Que los derechos de un inmigrante que ha ingresado regular y legalmente al país, esto es, por los lugares habilitados al efecto, con el control habitual de los organismos públicos de extranjería, seguridad, aduaneros y fitosanitarios y, excepcionalmente, bajo medidas de sanidad pública, se transforman en el derecho de residir y permanecer en el país (puesto que el ánimo del inmigrante es su radicación), en el derecho de regularizar su estada (cuando algunos de los requisitos de cumplimiento para su permanencia se dilatan en el tiempo) y, en general, en un tratamiento jurídico igualitario al de un nacional, de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos y con la propia Constitución. Justamente, en el caso de autos se trata de un inmigrante que ingresó legalmente al país, pero cuya permanencia no regularizó adecuadamente y que se encuentra con los requisitos materiales cumplidos para su permanencia;

## **2. Derecho a la no autoincriminación.**

STC: 2381-12 de 20 de agosto 2013 (inaplicabilidad por inconstitucionalidad).

Norma: Art. 29 del Decreto Ley N° 211, de 1973, sobre Defensa de la Libre Competencia, y art. 385 del Código de Procedimiento Civil.

Artículo 29º.- “Las normas contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil se aplicarán supletoriamente al procedimiento mencionado en los artículos precedentes, en todo aquello que no sean incompatibles con él.”

Artículo 385, inciso primero, del Código de Procedimiento Civil.- “Fuera de los casos expresamente previstos por la ley, todo litigante está obligado a declarar bajo juramento, contestada que sea la demanda, sobre hechos pertenecientes al mismo juicio, cuando lo exija el contendor o lo decrete el tribunal en conformidad al artículo 159.”

Aplicación: El art. 29 DL N° 211 permite utilizar el medio de prueba previsto en el art. 385 CPC, el cual consiste en citar a la contraparte litigante al trámite de absolución de posiciones, estando obligado a declarar bajo juramento en el contexto de un procedimiento administrativo de carácter sancionador.

Doctrina:

VIGESIMOQUINTO: Que la garantía de no autoincriminación recae sobre la obligación de declarar “bajo juramento” y no sobre cualquier declaración que se solicite a una persona dentro de un procedimiento. La declaración bajo juramento prevista en el artículo 385 del Código de Procedimiento Civil no puede considerarse una medida de coacción o apremio de aquellas prohibidas por el artículo 19, N° 1°, inciso final, de la Carta Fundamental, sino una solemnidad necesaria para asentar el valor probatorio de la declaración de una parte en el proceso. En el caso de las causas criminales, como consta en la discusión de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, la prohibición de autoincriminación evita al imputado o acusado prestar una declaración que, bajo juramento, podría tener incidencia en la determinación de la responsabilidad penal que se persigue y/o generar una responsabilidad penal adicional;

TRIGESIMOCUARTO: Que el derecho a defensa protegido por el inciso primero del numeral 3° del artículo 19 no ha sido vulnerado por la aplicación del artículo 29 del Decreto Ley N° 211, ya que la citación a declarar conforme con el artículo 385 del Código de Procedimiento Civil entrega a la parte requirente, Empresas Ariztía S. A., las garantías que el legislador le ha otorgado a un tipo especial de procedimiento y dicha regulación cumple con el estándar de racionalidad y justicia exigido por la Constitución;

TRIGESIMOSÉPTIMO: Que, con todo, si bien es admisible afirmar que la garantía de no autoincriminación integra el derecho a defensa, entendido éste en un sentido amplio, en las causas criminales, no parece posible incluir esta garantía en el derecho a defensa de cualquier procedimiento. De otro modo se estaría haciendo caso omiso a la inequívoca voluntad del constituyente de incluir esta garantía sólo en un tipo de procedimiento, las causas criminales.

En el procedimiento civil es posible obtener prueba de la contraparte, entre otras razones, porque la pasividad del juez obliga a las partes a aportar al procedimiento el mayor número de pruebas pertinentes que sea viable agregar para el mejor conocimiento y resolución del asunto. Puede agregarse que en la diligencia de la gestión pendiente, rendida de acuerdo al artículo 385 del Código de Procedimiento Civil, el confesante puede “añadir las circunstancias necesarias para la recta y cabal inteligencia de lo declarado” (artículo 391 del Código de Procedimiento Civil).

El derecho a defensa del requirente, Empresas Ariztía S. A., en el proceso seguido ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia se encuentra protegido pues la parte cuenta con un conjunto de medios legales que aseguran un juicio contradictorio en que puede hacer valer sus derechos e intereses legítimos, al menos del mismo modo en que puede hacerlo cualquier litigante en un procedimiento sujeto al Código de Procedimiento Civil;

### **3. Derecho a la libertad de trabajo.**

STC: 2398-13 de 27 de agosto de 2013 (inaplicabilidad por inconstitucionalidad). En el mismo sentido, STC 2340.

Norma: Inciso primero del art. 25 del Código del Trabajo.

Art. 25. La jornada ordinaria de trabajo del personal de choferes y auxiliares de la locomoción colectiva interurbana, de servicios interurbanos de transportes de pasajeros y del que se desempeñe a bordo de ferrocarriles, será de ciento ochenta horas mensuales. En el caso de los choferes y auxiliares de la locomoción colectiva interurbana y de los servicios interurbanos de transporte de pasajeros, el tiempo de los descansos a bordo o en tierra y de las esperas que les corresponda cumplir entre turnos laborales sin realizar labor, no será imputable a la jornada y su retribución o compensación se ajustará al acuerdo de las partes.

Aplicación: La norma descrita prescribe que los tiempos de descanso de los choferes y auxiliares de transporte interurbano, obligación regulatoria de esta actividad, no son imputables a la jornada de trabajo, y por tanto no son remunerados. La retribución o compensación por estos tiempos se ajusta al acuerdo de las partes.

Doctrina voto que acoge el requerimiento (empate de votos):

28. Que, en primer lugar, la norma vulnera la Constitución, pues considera que los tiempos de espera y descanso no constituyen trabajo y, por lo tanto, no deben ser remunerados. En este sentido, es necesario recordar que si bien se trata de lapsos de tiempo durante los que los trabajadores no deben ejecutar órdenes de su empleador, pues se encuentran sin realizar labor alguna, éstos tampoco pueden disponer libremente de dicho tiempo, pues su libertad se encuentra restringida a disfrutar de tal descanso a bordo de un bus, pernoctando lejos de su hogar o reposando en el lugar de trabajo;

30. Que, en segundo lugar, la norma vulnera el artículo 19 N°16°, pues desprotege a los trabajadores, en la medida en que hace recaer sobre ellos la especialidad de la actividad. Como hemos dicho anteriormente, ésta se debe desarrollar todos los días del año, ininterrumpidamente; trasladando a las personas de un lugar a otro. Por ello, se les recarga su jornada, se les disminuyen sus descansos, se les hace trabajar sábados y domingos, se les obliga a pernoctar en otros lugares distintos de su domicilio. A ello se agrega que no se les considere trabajo los descansos en el bus y los tiempos de espera. Sin embargo, no son éstos quienes deben cargar con dicha excepcionalidad. No porque la actividad sea así, los trabajadores, la parte más débil de la relación laboral, deben aportar con el sacrificio desproporcionado de horas de trabajo, de fines de semana, de feriados, de tiempo fuera del hogar, de menos remuneración, porque eso atenta contra el trabajo digno y decente;

36. Que, en tercer lugar, la norma no se adecúa a lo señalado por nuestra Carta Fundamental, pues entrega a la libertad contractual un aspecto propio de la jornada. En efecto, los trabajadores se ven arrojados a la voluntad de su empleador de negociar una “retribución” o “compensación” por los descansos y tiempos de espera. Eso, por una parte,



es una deslegalización de materias esenciales de la relación laboral. Por la otra, tal como lo ha señalado este tribunal, “es indudable que el legislador no puede liberar al empleador de remunerar el tiempo que a él le dedican sus trabajadores, ya que de esa forma vulneraría la protección constitucional de que goza el trabajo. En consecuencia, si el legislador califica a priori y sin excepción como no imputables a la jornada diaria de trabajo los lapsos de espera que acontezcan durante la misma por decisión del empleador, excluye la posibilidad de que durante esos lapsos los trabajadores hayan estado sometidos a las instrucciones del empleador. Pero si pese a ello y en el hecho los trabajadores sí se mantienen a disposición del empleador durante tales esperas, ya que aun cuando no presten labores continúan efectivamente sujetos a la autoridad de aquél, quien decide la ocurrencia y duración de tales esperas y exige de sus empleados mantenerse atentos y disponibles en cualquier momento para conducir o desempeñar otras tareas” (STC roles 2110, 2114, 2197 y 2182);

#### **4. Reglas de protección indirecta a DDFF.**

STC: 2133-11 de 4 de julio de 2013

Norma: Inciso primero del art. 4° de la L. 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios

Artículo 4°.- “Quedarán excluidos quienes, al momento de la presentación de la oferta, de la formulación de la propuesta o de la suscripción de la convención, según se trate de licitaciones públicas, privadas o contratación directa, hayan sido condenados por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador, dentro de los anteriores dos años.”

Aplicación: La norma descrita establece una causal de inhabilidad para inscribirse en el Registro de Proveedores, lo que en la práctica impide que la empresa afectada pueda celebrar contratos con la Administración Pública. Esta es una de las causales, todas las cuales se fundamentan en hechos objetivos y obedecen a la protección de bienes jurídicos de particular valor que la Administración del Estado debe resguardar.

Doctrina:

VIGESIMOSÉPTIMO: Que, con todo, para desestimar la alegación del requirente, en cuanto a este vicio de constitucionalidad, basta considerar que el artículo 489 del Código del Trabajo prevé que “en caso de acogerse la denuncia (por infracción de derechos fundamentales de un trabajador), el juez ordenará el pago de la indemnización a que se refiere el inciso cuarto del artículo 162 (indemnización sustitutiva del aviso previo en caso de despido) y la establecida en el artículo 163 (indemnización por años de servicio), con el correspondiente recargo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 168 y, adicionalmente, a una indemnización que fijará el juez de la causa, la que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual.”.

Como puede observarse, el juicio civil que constituye la gestión pendiente en estos autos se ha originado a raíz de la condena al pago de las indemnizaciones indicadas más arriba, en virtud de la sentencia pronunciada por el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, con fecha 19 de febrero de 2010. En consecuencia, dicha condena tiene su fundamento en el despido del trabajador por una causa que el ordenamiento jurídico considera antijurídica, como es la vulneración de la honra y la integridad psíquica del trabajador, a objeto de obtener una renuncia inválida, que, según se desprende del inciso tercero del artículo 485 del Código del Trabajo, importa lesionar los derechos fundamentales de los trabajadores. Se trata, por lo tanto, de sancionar el atropello de que ha sido objeto un trabajador “al ser despedido por su empleador, a través de una renuncia inválida, obtenida acosando y vulnerando gravemente su derechos fundamentales”, como señala el considerando 26° de la sentencia del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo, que rola a fojas 84. Expresado en otros términos, lo que se sanciona es una forma irregular y antijurídica de poner término a una relación contractual de carácter laboral;

VIGESIMOCTAVO: Que, en cambio, el fundamento o causa de la inhabilidad prevista hoy en el artículo 4° de la Ley N° 19.886, modificado por la Ley N° 20.238, se encuentra en la falta de idoneidad para contratar con la Administración en que incurre aquella persona natural o jurídica que, estando inscrita en el Registro Oficial de Contratistas de la Administración, infringe derechos fundamentales de sus trabajadores, así declarado por una sentencia judicial ejecutoriada.

Así, los bienes jurídicos que están protegiendo los artículos 489 del Código del Trabajo y 4° de la Ley N° 19.886, modificado por la Ley N° 20.238, respectivamente, al contemplar las sanciones indicadas, son diferentes, lo que no permite sostener que se haya vulnerado, en la especie, el principio del non bis in ídem, y así se declarará. Por lo demás, este mismo criterio ya fue aplicado por este Tribunal al decidir la causa a que se refiere el Rol N° 1441-09 (considerando 11°).

CUADRAGESIMOPRIMERO: Que, como puede observarse, la finalidad de la modificación introducida al artículo 4° de la Ley N° 19.886 se relaciona con la necesidad de proteger más eficazmente los derechos fundamentales de los trabajadores, que no sólo abarcan aquellos derechos específicamente laborales (libertad sindical, justa retribución, etc.) sino que, también, aquellos derechos denominados “inespecíficos”, propios de toda persona, y cuyo respeto en el ámbito de la empresa se ha querido reforzar de un modo especial. Por ello el inciso primero del artículo 5° del Código del Trabajo indica que: “El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.”;

## **5. Libertad de expresión, libertad de información y pluralismo.**

**5.1 STC:** 2541-13 de 18 de noviembre 2013 (constitucionalidad de proyecto de ley).

Proyecto: Boletín N° 6190-19 que permite la introducción de la televisión digital terrestre.

Impugnación: a. Definición de pluralismo; b. Obligación de transmitir campañas de utilidad o interés público; c. Establecimiento de una segunda concesión a TVN; d. Deber de permisionarios de servicios limitados de televisión de difundir canales regionales, locales o locales comunitarios (must carry).

#### **5.1.1 Disposición (respecto a la definición de pluralismo):**

“Para efectos de esta ley, se entenderá por pluralismo el respeto a la diversidad social, cultural, étnica, política, religiosa, de género, de orientación sexual e identidad de género, siendo deber de los concesionarios y permisionarios de servicios de televisión, regulados por esta ley, promover en los contenidos entregados la observancia de estos principios, excluyendo aquellos que atenten contra los mismos.”

#### **Doctrina (voto particular):**

2°. Que es preferible partir al revés estimando las razones por las cuales la obligación de excluir en los contenidos expresiones que atenten contra el pluralismo constituye una vulneración del artículo 19, numeral 12°, de la Constitución. En primer lugar, esta vulneración no es un ejercicio de censura previa puesto que ésta impone necesariamente a la autoridad estatal un derecho de revisión anterior a la emisión de los contenidos cuestionables. La norma impugnada no hace nada de eso sino que deposita el deber de controlar expresiones lesivas en contra del pluralismo en los propios concesionarios y permisionarios. En segundo lugar, el dilema de extirpar discursos anti-pluralistas reside en una obligación para los que emiten contenidos. Aquí el legislador llama la atención a los propios canales de televisión para que controlen su línea editorial y la densifiquen en un ejercicio irrestricto de respeto de los más diversos ámbitos del pluralismo. Tercero, esta mayor exigencia está amparada en un conjunto relevante de nuevos derechos y obligaciones de los concesionarios. Nunca antes en la historia legislativa nacional había existido tanta profundidad conceptual detrás de la noción de “correcto funcionamiento de la televisión”. Todos los canales de televisión deben confluir en líneas editoriales que defiendan un pluralismo robusto, vigoroso y expresivo de variadas sensibilidades. Exige que existan tales líneas editoriales, que se constaten en su programación y que sus liderazgos en pantalla las reivindiquen de un modo categórico. Se les exige que respeten a través de su programación “la democracia, la paz, el pluralismo, el desarrollo regional, el medio ambiente, la familia, la formación espiritual e intelectual de la niñez y la juventud, la dignidad humana y su expresión en la igualdad de derechos y trato entre hombres y mujeres, así como todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” (inciso cuarto del artículo 1° del proyecto de ley). Asimismo, dispone que también es parte del correcto funcionamiento de la televisión el “respeto y promoción, a través de su programación, de los derechos, culturas, lenguas y dignidad de los pueblos originarios, la no discriminación y su expresión en la igualdad de derechos y trato entre los pueblos” (artículo 1°, inciso noveno, del proyecto de ley). Por tanto, este pluralismo robusto es muy superior al definido

en el inciso quinto nuevo del mismo artículo impugnado y éste debe entenderse, como regla obvia del derecho, en un contexto no literalista y más bien sistemático y finalista. No hay cómo desentenderse de esta nueva legislación y el Congreso Nacional reivindica que las pantallas expresen valores que son sustanciales para la convivencia democrática y social chilena. Por lo mismo, hay derechos y obligaciones por doquier, no sólo un conjunto desequilibrado de imperativos externos sino también una impronta amplia de pesos y contrapesos para responder a una sociedad democrática deliberativa. Cuarto, como existe este conjunto denso de derechos y deberes, la imposición legislativa de un deber de exclusión sobre el alcance de ciertos contenidos puede impactar más allá de lo deseable en un ejercicio autoinhibitorio. No hay censura previa sino que riesgo real de autocensura. ¿Cómo puede un canal estimar que no debe transmitir criterios anti-pluralistas si ellos pueden ser objeto de controversia política y moral? En el derecho hay contenidos de conflictualidad irreconciliable y en su pugna crispante se manifiestan retazos de verdad que buscan cautivar a nuevas audiencias. Las sociedades evolucionan y mutan en sus orientaciones. Alterar esos diálogos puede debilitar los fundamentos de la discusión pública. El legislador, estoy cierto, no desea debilitar la discusión pública, pero al imponer una carga sobre los concesionarios y permisionarios puede llevar a los más susceptibles de un ejercicio sancionatorio a autolimitarse más allá de lo debido. Esto es autocensura y esa es la razón por la cual se concurre a aprobar la inconstitucionalidad de la expresión “excluyendo aquellos que atenten contra los mismos”. Lo debido es posibilitar la discusión de frontera porque en ella misma se encuentran los mejores caminos para saber cuándo hay discurso del odio respecto de cuándo no lo hay, cuándo hay beligerancia racial que indigna y cuando hay apología de la guerra o de la violencia que socava el fundamento moral de nuestras sociedades. Estos son los deberes límites que brillan mejor desde el diálogo que desde la exclusión, que aparecen mejor desde la persuasión y la educación que desde la imposición.

#### 5.1.2 Disposición (respecto de la obligación de transmitir campañas de utilidad pública):

“m) Dictar normas generales y obligatorias para los concesionarios y los permisionarios de servicios limitados de televisión, relativas a la obligación de transmitir campañas de utilidad o interés público.

Se entenderá por campaña de interés público aquellas transmisiones diseñadas por las autoridades competentes, para estos efectos el Ministerio Secretaría General de Gobierno, que se han de emitir con el objeto de proteger a la población y difundir el respeto y promoción de los derechos de las personas. Las campañas de interés público podrán tener carácter nacional o regional y deberán ser transmitidas con subtítulo y lenguaje de señas de acuerdo a lo establecido en el artículo 25 de la ley N° 20.422.

El Ministerio Secretaría General de Gobierno determinará cuáles serán las campañas de utilidad o interés público, enviando la estructura, diseño y contenidos fundamentales de la

o las campañas al Consejo, el que deberá aprobarlas, en un plazo no superior de quince días corridos, con el voto conforme de al menos siete de sus miembros en ejercicio. Producida su aprobación, el Consejo remitirá a los concesionarios y permisionarios de servicios limitados de televisión la resolución respectiva con todos sus antecedentes, junto a las instrucciones adicionales que fueren necesarias para la transmisión de la campaña con vistas al cumplimiento de los objetivos de la misma.

Estas campañas no podrán durar en total más de cinco semanas al año, ni más de sesenta segundos por cada emisión, hasta completar veintiún minutos a la semana. Los permisionarios de servicios limitados de televisión cumplirán esta obligación en aquellas señales que cuenten con los mecanismos para exhibir publicidad nacional.

La limitación de cinco semanas al año podrá renovarse siempre que sea necesario bajo consideraciones de especial relevancia e interés público. Para ello se requerirá el acuerdo de siete de sus miembros en ejercicio. Sobre esta extensión los concesionarios de servicios de televisión y los permisionarios de servicios limitados de televisión podrán cobrar al Estado la exhibición de estas campañas a las tarifas no mayores y descuentos no menores que los que ofrezcan a cualquier cliente de publicidad comercial.”;

#### Doctrina:

VIGESIMOTERCERO: Que las campañas de utilidad pública, por otra parte, no se contraponen a la libertad de información, pues su objeto es “proteger a la población y difundir el respeto y promoción de los derechos de las personas”. El propósito de las campañas es la existencia de una ciudadanía informada. Ese es el fin de la libertad de expresión, pues permite el ejercicio y disfrute de otras libertades (STC 567/2010). Uno es el derecho de informar y de expresarse. Este es un derecho individual, de carácter personal. Pero también hay otro de carácter colectivo, que es el derecho de recibir información, opiniones y expresiones (STC 226/1995). La libertad de opinión y de informar tiene destinatarios reales; por lo mismo, acarrea el derecho a recibir información (STC 226/1995). Es en virtud de esta dimensión del derecho que excepcionalmente, cuando están en juego intereses superiores, se justifica que medios de comunicación social transmitan una información que beneficia a las personas. El titular privilegiado y último de la libertad de información, es la persona que la recibe; el medio es sólo un instrumento;

VIGESIMOQUINTO: Que, asimismo, se sostiene que la campaña puede comprometer la línea editorial del medio.

Al respecto, cabe señalar, por de pronto, que difícilmente pueden las personas que reciben esa información considerar que ésta emana del medio de comunicación social, porque lleva las señales de advertencia respectivas. Y porque el medio puede, legítimamente, advertir, antes o después del spot, que no comparte el contenido de esa información.

A continuación, el medio sigue teniendo bajo su control la línea editorial, los programas, todo aquello que marque diferencia con la información que entrega la campaña o que reafirme su objetivo de información. El medio sigue disponiendo de prácticamente todo el tiempo de transmisión. Si consideramos que la campaña no puede exceder de 21 minutos a la semana, y cada spot no puede ser mayor a sesenta segundos, ello da un promedio de tres

avisos al día. Si consideramos que los canales transmiten actualmente un promedio de dieciséis horas al día, se trata de 3 minutos sobre 960 minutos. De 21 minutos semanales, sobre 6.720. La campaña, podemos decir, no invade sustantivamente el espacio del medio. Además, el spot no interrumpe la programación porque no se emite en cadena nacional;

5.2 STC:2358-12 de 9 de enero 2013 (constitucionalidad de proyecto de ley). En el mismo sentido, 2506-13.

Proyecto: Boletín N° 6190-19 que permite la introducción de la televisión digital terrestre.

Disposición:

[...] A los prestadores de servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción y de servicios limitados de televisión, se les prohíbe el uso de sistemas de medición de audiencia en línea.

Se entenderá por sistema de medición de audiencia en línea, todo aquel sistema que entregue información de audiencia antes de seis horas de haberse terminado la emisión del programa sujeto a medición. La contravención a esta norma impondrá las sanciones contempladas en el artículo 33 de esta ley...[...].”

Doctrina:

UNDÉCIMO: (...) Este Tribunal disiente del alcance atribuido a esta norma, como parámetro de control de constitucionalidad. El sistema de control de audiencia en línea no implica, per se, un acto de censura previo, sino un ejercicio de detección de las preferencias de un grupo representativo de televidentes, sobre los programas emitidos en un momento determinado por los distintos canales de televisión, abierta o cerrada.

Esta medición en línea no importa tampoco una restricción del derecho de expresión por vías indirectas, a través de aparatos o de cualquier otro medio dirigido a impedir la comunicación y circulación de ideas y opiniones. Su objetivo es otro; no la limitación del derecho de expresión, sino la averiguación de tendencias o inclinaciones de la audiencia, con el fin de satisfacer mejor las expectativas y gustos de los destinatarios de la programación televisiva. Y ese es un procedimiento lícito, que no obstaculiza, entorpece ni distorsiona la plena libertad de los medios para enviar sus mensajes televisivos;

DUODÉCIMO: Que, por otra parte, no cabe duda que en la tradición constitucional occidental, la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, se originaron primero en relación a la libertad de prensa y, ulteriormente, fue incluyendo otros medios de comunicación social, a medida que se desarrollaban tecnológicamente como soportes diversos de las opiniones e informaciones en flujo social, dentro del concepto genérico de libertad de expresión, que a su vez alcanza incluso a otras manifestaciones de las personas.

De manera que, conceptualmente, no hay inconveniente alguno en aceptar de suyo la pertinencia de la prohibición de censura, en cualquiera de sus modalidades, incluso indirecta, para la televisión. Pero, también conceptualmente, la censura implica una interferencia previa (prior restraint, en el derecho constitucional norteamericano) a la emisión de la información o contenido, en este caso, del programa de televisión; por lo que no puede aceptarse que la prohibición de audímetro sea inconstitucional por este motivo en la especie. En efecto, como fuere, la prohibición incidiría en la medición ulterior de la audiencia del contenido ya transmitido (respuesta a la información o contenido), mas no en la posibilidad previa de hacerlo. De hecho, existen otras técnicas de investigación social que permitirían medir esa audiencia del programa emitido, aun con tal prohibición.

Doctrina (voto minoría):

6. Que el hecho de que la Constitución garantice que entidades privadas, junto al Estado y a las universidades, puedan establecer, operar y mantener estaciones de televisión, implica que éstas deben autofinanciarse. Es decir, generar los ingresos para cubrir sus costos de operación y, si se persigue fines de lucro, obtener la ganancia correspondiente.

(...)

7. Que lo anterior debe contextualizarse en un doble sentido. Por una parte, la Constitución no garantiza rentabilidades económicas. Por la otra, los medios de comunicación social deben tener en cuenta que no sólo existe una dimensión individual de la libertad de opinión e información, sino que también hay una dimensión social, representada por el derecho de la comunidad a recibir informaciones. Como lo dijo esta Magistratura, si bien el derecho a recibir información no aparece consagrado expresamente, éste forma parte natural de la libertad de expresión, porque de nada sirven estas libertades si ellas no tienen destinatarios reales (STC 226/1995). En el mismo sentido, se ha expresado la doctrina (Cea, José Luis; ob.cit., p. 383; Silva Bascuñán, A.; ob.cit., p. 295; Verdugo, Pfeffer y Nogueira; ob.cit., p. 255). Este derecho es el derecho que tienen los integrantes de la sociedad política a obtener oportunamente, de fuentes sólidas y objetivas, las noticias y los antecedentes que requieran, para quedar en condiciones de aprovecharlos en la preparación y ejecución de sus respectivas labores. Su propósito no es contribuir a la formación de la voluntad de los demás, sino que hacer posible la formación de la propia voluntad (Silva Bascuñán, A.; ob.cit., p. 294).

Por lo mismo, si bien no se puede obligar a un medio a entregar determinadas informaciones (STC 226/1995), no puede haber autocensura determinada en base a rating, so pretexto de mejorar las rentabilidades, porque eso afecta el derecho a recibir información y desvirtúa la libertad de informar;

**6. Transparencia y vida privada.**

STC: 2246-12 de 31 de enero 2013 (inaplicabilidad por inconstitucionalidad).

Norma: Inciso segundo del art. 5 L. 20.285 de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información.

“Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas.”;

Aplicación: La disposición impugnada permite acceder a comunicaciones entre Ministros de Estado y funcionarios públicos, en soporte de correo electrónico.

Doctrina:

QUINCUAGESIMONOVENO. Que la primera razón es que consideramos que los correos electrónicos se enmarcan perfectamente dentro de la expresión “comunicaciones y documentos privados” que utiliza el artículo 19 N° 5° de la Constitución. Estos son comunicaciones, que se transmiten por canales cerrados, no por canales abiertos, y tienen emisores y destinatarios acotados. Por lo mismo, hay una expectativa razonable de que están a cubierto de injerencias y del conocimiento de terceros. En nada obsta a lo anterior el que no sea muy dificultoso interceptarlos o abrirlos. Nada más simple que abrir una carta. Pero desde hace doscientos años, nuestras constituciones han procurado precaver esa invasión. El correo no necesita ir encriptado o con técnicas de cifrado para recibir la protección del artículo 19 N° 5°. El amparo está dado por el hecho de llevarse a efecto por un mecanismo técnico cerrado.

(...)

SEXAGÉSIMO. Que no obsta a lo anterior que los correos de que se trata sean de funcionarios públicos o de los Ministros de Estado, pues éstos no están exentos de esta protección.

En primer lugar, porque, como ya se indicó, lo que se protege con esta garantía es la comunicación, no si el mensaje es público o privado, o si se hace por canales o aparatos financiados por el Estado.

En segundo lugar, no hay ninguna norma ni en la Constitución ni en la ley que pueda interpretarse para dejarlos al margen de esta garantía. Si aceptáramos que las comunicaciones de los funcionarios, por el hecho de ser tales, no están protegidas por el artículo 19 N° 5°, cualquiera podría interceptar, abrir o registrar esas comunicaciones. Eso sería peligroso para los derechos de los ciudadanos, para el interés nacional y la seguridad de la nación, dada la información que por ahí circula; y contrario al sentido común. Más



todavía si en este caso se piden respecto de una información altamente valiosa, y de acceso restringido, como la relativa a un anteproyecto de ley.

En tercer lugar, nada cambia por el hecho de que el funcionario utilice un computador proporcionado por la repartición, una red que paga el Estado y una casilla que le asigna el organismo respectivo.

Desde luego, porque nadie diría que las conversaciones telefónicas, por el hecho de realizarse por un teléfono que proporciona el servicio, cuya interconexión cancela el mismo, pueden escucharse, grabarse y/o difundirse.

Enseguida, el Estado pone a disposición de los funcionarios una serie de bienes que pueden usarse con distintos propósitos. Así sucede en la actualidad con el móvil, el computador portátil, la casa fiscal. Estos bienes están destinados principalmente al cumplimiento de la función pública. Sin embargo, muchos de estos bienes borran fronteras que antes existían. Un móvil permite que el funcionario esté permanentemente ubicable y disponible, esté o no cumpliendo su jornada laboral, esté en su casa o en un lugar de esparcimiento. Hay bienes que entrega el Estado que provocan interconexión permanente. Cuando un funcionario atiende asuntos personales, en forma prudente y razonable, durante su jornada laboral, no está contaminando la labor pública, está respondiendo a la realidad del mundo moderno de estar interconectado. A cambio de eso, la familia de ese funcionario debe aceptar llamadas o comunicaciones en horarios en que ya no labora. Lo que debe rechazarse es que se obtenga beneficio o provecho para fines ajenos a los institucionales, o se use en forma continua o permanente en esos propósitos. Si un funcionario, en vez de ausentarse de su trabajo para ir a realizar un trámite bancario, lo puede realizar directamente desde su computador, el Estado gana y no pierde. Si a un padre lo llama su hijo para contarle de un problema, está usando un bien público; pero si logra solucionar ese problema, el funcionario estará tranquilo y concentrado en su labor. Una serie de bienes de la modernidad que se ponen a disposición de los funcionarios no pueden ser interpretados con los criterios de antaño, definidos para otros bienes. Lo que se debe prevenir siempre es el mal uso, porque eso afecta la probidad. El cumplimiento de la finalidad de la Administración (“promover el bien común, atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país”) así lo exige.

Además, hay que considerar que cabe un uso legítimo de mensajes personales ineludibles.

También hay que considerar que el correo electrónico no es solamente un flujo de ida, donde el emisor es el funcionario, pues también hay correos donde el funcionario es destinatario. Y eso él no lo controla. Tampoco el emisor de estos correos puede verse expuesto a eventuales obligaciones propias del destinatario.

En ese sentido, por lo demás, se enmarca el D.S. N° 93/2006, del Minsegres, que Aprueba la Norma Técnica para la adopción de medidas destinadas a minimizar los efectos perjudiciales de los mensajes electrónicos masivos no solicitados, recibidos en las casillas electrónicas de los Órganos de la Administración del Estado y de sus funcionarios. Este reglamento establece dos reglas importantes de destacar. Por una parte, el que los órganos del Estado deben instruir a sus funcionarios acerca de la adecuada utilización de las casillas institucionales que se les asignen. Por la otra, se debe propender a que sean utilizadas exclusivamente para fines relacionados con las competencias propias del respectivo órgano. Para que no se puedan utilizar para fines personales o privados, se debe prohibir expresamente. Pero, en este caso, la norma establece que se debe permitir a los funcionarios habilitar y acceder a una casilla personal desde el terminal o equipo computacional que tengan asignado en la institución.

La regla general, entonces, es que, salvo prohibición expresa, las casillas institucionales pueden usarse para comunicaciones personales o privadas.

(...)

Doctrina (voto de minoría):

30°. Que no compartimos el modo en que se aplica la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones puesto que ésta se perfeccionó plenamente en la satisfacción de los bienes jurídicos que preserva cuando se realizaron las comunicaciones del Ministro Secretario General de la Presidencia mediante correo electrónico. Esas comunicaciones se realizaron con plena libertad, bajo la expectativa de privacidad que el mismo usuario le dotaba y quedaron alojados en el servidor del Ministerio respectivo. Mientras duró la acción de la comunicación ningún ciudadano intervino en ellas, las interceptó, abrió o registró, salvo el administrador del servidor del propio Ministerio;

31°. Que como sostuvimos en el examen conceptual de la garantía, terminada la comunicación son otras garantías o derechos fundamentales los que definen el marco de la situación creada con el registro físico del correo electrónico. Antes de terminada la acción de comunicación virtual por e-mail se protegía todo el espacio intangible del correo electrónico. Por tanto, se protegía plenamente el continente del medio por su riesgo y vulnerabilidad. Sin embargo, terminada la acción de comunicar, el estatuto constitucional de sus resultados pasa a depender del contenido;

36°. Que, a nuestro entender, la forma de dilucidar el aparente conflicto a que se ha aludido, consiste en diferenciar la información vertida en los correos electrónicos, toda vez que ellos pueden encerrar tanto información pública, como son los antecedentes solicitados en el asunto de fondo, en los términos del citado artículo 8° de la Constitución, cuanto noticias u opiniones de carácter meramente personal o pareceres y sugerencias para la aprobación de

una resolución, que estarían cubiertos por el así denominado “privilegio deliberativo”, a que alude el literal b) del artículo 21 de la Ley N° 20.285;

37°. Que, puestas así las cosas, queda de manifiesto que lo relevante para decidir acerca de la publicidad o reserva de la información de que se trate, es su contenido, es decir, el tipo y naturaleza de los datos que ella comprende, y no el medio material que le sirve de soporte o formato, en este caso, un correo electrónico emanado de las cuentas institucionales de las autoridades concernidas;

41°. Que, por ende, si la cuestión planteada por el Subsecretario General de la Presidencia, en el nombre del Ministro, era promover el requerimiento ante el Tribunal Constitucional con el objeto de defender “un valor superior que la Constitución consagra”, esto es, la defensa de los derechos fundamentales de un Ministro de Estado, simplemente esto se ha vuelto una tautología. No es del caso volver a explicar por qué estos Ministros disidentes entienden el estatuto constitucional del derecho al acceso a la información pública, la inviolabilidad de las comunicaciones y el privilegio deliberativo como excepción a la difusión pública de un correo electrónico;

## **7. Igualdad ante la ley.**

STC: 2387-12 de 23 de enero de 2013 (constitucionalidad de proyecto de ley).

Proyecto: Boletín 8091-21 que modifica en el ámbito de la sustentabilidad de recursos hidrobiológicos, acceso a la actividad pesquera industrial y artesanal y regulaciones para la investigación y fiscalización, la Ley General de Pesca y Acuicultura contenida en la Ley N° 18.892 y sus modificaciones.

Disposición:

Artículo 26 A.- En aquellas pesquerías que se declaren en plena explotación y se establezca una cuota global de captura se les otorgarán licencias transables de pesca clase A, a los titulares de autorizaciones de pesca, modificándose dichas autorizaciones de pesca en el sentido de eliminar el recurso sujeto a licencia transable de pesca. Estas licencias temporales se otorgarán por un plazo de 20 años renovables y equivaldrán al coeficiente de participación de cada armador expresado en porcentaje con siete decimales el cual podrá decrecer si se realiza una o más subastas de conformidad con el artículo 27 de esta ley. En este caso los coeficientes de cada armador no podrán disminuir en más de un quince por ciento del coeficiente de participación original.

Sin perjuicio de lo establecido en el inciso anterior, la autorización de pesca regulada en el artículo 12 transitorio de esta ley, seguirá vigente a efectos de la autorización de la operación de los buques fábrica de conformidad con la regulación establecida en dicho artículo.

El coeficiente de participación original de cada armador titular de autorizaciones de pesca vigente para la unidad de pesquería de que se trate, se determinará dividiendo las capturas de todas las naves autorizadas al armador, correspondientes a los 3 años calendario anteriores a la declaración del régimen, por las capturas totales, extraídas durante el mismo período, correspondientes a todos los armadores que cuenten con autorización de pesca vigente a esa fecha.

(...).

Artículo 26 B.- Antes del vencimiento de las licencias transables de pesca clase A, a solicitud del titular, arrendatario o mero tenedor de las licencias transables de pesca, mediante decreto supremo fundado se asignarán según la legislación vigente, siempre que el solicitante o los titulares previos no hayan incurrido en un lapso de 10 años en uno o más de los siguientes hechos:

a) Haber sido sancionado con más de cuatro infracciones de las contempladas en los artículos 40 B y 40 C de esta ley, en una misma pesquería, no existiendo por parte del armador recursos administrativos ni judiciales pendientes.

b) Haber sido sancionado con más de tres caducidades parciales en una misma pesquería, declaradas mediante resolución firme y ejecutoriada.

c) El reiterado incumplimiento grave de las normas laborales y de seguridad social con sus trabajadores. Se tendrán como vulneraciones de este tipo, los atrasos u omisiones en el pago de remuneraciones, cotizaciones previsionales o de salud que excedan tres períodos mensuales o la existencia de cuatro o más condenas ejecutoriadas por infracciones a los derechos del trabajador sobre remuneraciones, feriados, protección a la maternidad, sindicalización y prácticas antisindicales en el plazo de siete años.

Para los efectos de este artículo, si en un período de 10 años, el titular de la licencia transable de pesca, no cuenta con ninguna sentencia condenatoria ejecutoriada o resolución ejecutoriada, no se contabilizarán las infracciones por las cuales haya sido condenado durante el período anterior.

El acto administrativo que niegue la solicitud del inciso primero deberá ser notificado al peticionario por carta certificada. Este último dispondrá de un plazo de 30 días contado desde la fecha del despacho de la notificación, para reclamar de esa resolución ante el Ministro, el que resolverá dentro de igual plazo. Esta última decisión no será susceptible de recurso administrativo alguno.

Las licencias transables de pesca que no se renueven se licitarán conforme a las reglas establecidas en el reglamento para la licitación de licencias transables de pesca clase B y por un período de 20 años.”.

“Artículo segundo.- En el plazo de 6 meses contado desde la entrada en vigencia de la presente ley, los armadores titulares de autorizaciones de pesca de pesquerías administradas mediante límite máximo de captura por armador, de conformidad con la ley N°19.713, podrán optar por cambiar sus autorizaciones de pesca por licencias transables de pesca clase A con las regulaciones del Título III de la Ley General de Pesca y Acuicultura.

La opción se deberá ejercer por un armador para todas las autorizaciones de pesca de que sea titular respecto de la o las pesquerías que se encontraban administradas por la ley N°19.713, modificándose dichas autorizaciones de pesca en el sentido de eliminar el recurso sujeto a licencia transable de pesca.

Los titulares de certificados del artículo 9° de la ley N°19.713, podrán, asimismo, ejercer dicha opción. En este caso, si no se ejerce la opción anterior, el certificado quedará sin efecto por el solo ministerio de la ley.

Sin perjuicio de lo establecido en los incisos anteriores, la autorización de pesca regulada en el artículo 12 transitorio de la Ley General de Pesca y Acuicultura, seguirá vigente a efectos de la autorización de la operación de los buques fábrica de conformidad con la regulación establecida en dicho artículo.

Las licencias transables de pesca otorgadas de conformidad a este artículo en una determinada pesquería, serán equivalentes a la sumatoria de los coeficientes de participación relativo de cada una de sus embarcaciones de conformidad con la ley N°19.713.

Si el armador no opta dentro del plazo establecido en el inciso primero, mantendrá vigentes sus autorizaciones de pesca con las regulaciones contenidas en la Ley General de Pesca y Acuicultura y las hará efectivas en el remanente de cuota de la fracción industrial una vez efectuados los descuentos de todos aquellos que hayan optado por cambiar las autorizaciones de pesca por licencias transables de pesca y por los descuentos que puedan efectuarse por la regulación del artículo 27 de la Ley General de Pesca y Acuicultura.

(...).

Doctrina (voto minoría):

17°. Que el proyecto de ley establece tres privilegios que pugnan con la Constitución.

En primer lugar, existe un privilegio en el ingreso. Sólo entran al nuevo sistema (Licencias Transables de Pesca tipo A) los que tienen autorización de pesca vigente. Esa autorización se remonta al año 2001. Ese año se estableció la medida de administración “límite máximo de captura por armador”, por dos años (Ley N° 19.713), prorrogados por otros diez, por la

Ley N° 19.849. Por lo mismo, entran al nuevo régimen los únicos que están operando desde el año 2001;

18°. Que, en segundo lugar, entran en condiciones de ingreso al nuevo sistema de forma extraordinariamente favorable. Desde luego, porque se les asegura un porcentaje de la captura global (85%), pues a los nuevos operadores sólo se les puede licitar hasta un máximo de 15%. Enseguida, porque entran al nuevo sistema con el 100% de sus cuotas históricas. Asimismo, porque después de cuarenta años, el régimen común será la licencia clase B, las que, previa licitación, se pueden renovar una y otra vez. Es decir, se les asegura a los actuales operadores cuarenta años en condiciones iguales a las presentes. Ello determina que la ley recién entrará en plena operación después de ese plazo. Ese es un plazo de transición exorbitante. También, porque el sistema de transición, que permite la transformación de las actuales autorizaciones en licencias clase A, si bien es voluntario, depende de la sola voluntad del beneficiario y con desincentivos si no ingresa al nuevo sistema;

19°. Que, en tercer lugar, el privilegio está dado por la proyección de la nueva licencia. Los mismos operadores habían estado ya doce años operando con el régimen de la Ley N° 19.713. A ese plazo, el proyecto agrega que dichas licencias duran veinte años, prorrogables por otros veinte, salvo que medien causales de caducidad tasadas y reclamables. En total, entonces, los mismos operadores podrían llegar a estar cincuenta y dos años operando en el sector, es decir, hasta el año 2052;

30°. Que consideramos, entonces, que el proyecto, en las normas impugnadas, establece un privilegio arbitrario, pues bajo la apariencia de una regulación neutra, establece medidas que favorecen más allá de toda razonabilidad a un grupo determinado, vulnerando con ello el artículo 19, N° 2°, de la Constitución, en la parte que sostiene que “en Chile no hay persona ni grupo privilegiados”;

## **8. Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.**

STC: 2387-12 de 23 de enero de 2013 (constitucionalidad de proyecto de ley).

57°. Que, en la creación de derechos, el precepto clave es el inciso quinto del artículo segundo transitorio, que dispone que “las licencias transables de pesca otorgadas de conformidad a este artículo en una determinada pesquería, serán equivalentes a la sumatoria de los coeficientes de participación relativos a cada una de sus embarcaciones de conformidad con la ley N° 19.713”. La remisión de esos derechos a la Ley N° 19.713 establece que se trata de pesquerías en estado de plena explotación, impidiendo el acceso de nuevas empresas pesqueras. En tal sentido, las pesquerías en estado de plena explotación son aquellas cuyo punto biológico de referencia está en o cerca de su rendimiento máximo sostenible (artículo 2° N° 20, de la Ley 18.892). El impedimento de ingreso de nuevos actores, el paso de una cuota global anual a cuotas por pesquerías y el establecimiento de un límite máximo de captura por armador fueron señalados como un factor estructural de mayor respeto a la preservación del medio marino. Nuevamente recordemos otra parte de esta disidencia que sostiene que el límite máximo de captura por

armador fue definido en la exposición de motivos de la Ley 19.713 como “una medida de conservación de los recursos hidrobiológicos” y como “una nueva limitación al ejercicio de la actividad pesquera y extractiva industrial”. Sin embargo, no existe un baremo que permita controlar cómo los incumbentes con autorizaciones de pesca respetaron su deber normativo de contribuir a preservar la naturaleza marina. Curiosamente el propio proyecto de ley en tramitación aproxima un baremo al identificar qué vamos a entender por “punto biológico”, puesto que éste sí es el elemento clave para calificar el estado en que se clasificará una pesquería, sea en plena explotación, sobreexplotada, agotada o colapsada o subexplotada. El proyecto de ley en comento incorpora la idea de que es “punto biológico: el valor o nivel estandarizado que tiene por objeto evaluar el desempeño de un recurso desde una perspectiva de la conservación biológica de un stock, pudiendo referirse a: a) biomasa, b) mortalidad por pesca, o c) tasa de explotación” (artículo 2º, numeral 58, del proyecto de ley Boletín 8.091-21). ¿Bajo qué criterio debe entenderse que nacen estos derechos si no existió un baremo obligatorio y fino que estableciera cuándo una pesquería se encontraba en estado de plena explotación? ¿Cómo asignarle valor ambiental a las exclusiones de pesca y no a las autorizaciones de pesca que generaron colapso o sobreexplotación pesquera? En síntesis, en el surgimiento de los derechos legales de quienes poseían autorizaciones de pesca que, mediante su opción, pasan a ser licencias tipo A, no existe ninguna consideración a las obligaciones medioambientales. No existe porque fueron concebidas en tiempos donde el baremo o estándar esencial que deben fijar los países para respetar la preservación de la naturaleza, del artículo 19, N° 8º, de la Constitución, aplicada a la legislación de la pesquería, no había sido creado. Así estos derechos nacen sin que sus actuales detentores hayan sido premiados, castigados, multados o sancionados por infracciones de traspaso del límite máximo de captura. Sus autorizaciones de pesca valen por sus títulos y no por sus incumplimientos. La propia configuración de un criterio científico para asignar cuotas, estudiar la biomasa y los recursos hidrobiológicos en el proyecto de ley del Boletín 8.091-21 da cuenta de que se trata de derechos que no son indubitados por la variable de respeto a la preservación del recurso renovable. Simplemente, hay que recordar el artículo 61.2 de la Convención del Mar, que dispone que “el Estado ribereño, teniendo en cuenta los datos científicos más fidedignos de que disponga, asegurará, mediante medidas adecuadas de conservación y administración, que la preservación de los recursos vivos de su zona económica exclusiva no se vea amenazada por un exceso de explotación”. Justamente, si las pesquerías más complejas y cuyas autorizaciones de pesca fueron extendidas por un largo período, se encuentran en estado de plena explotación bajo parámetros menos rigurosos, no se ve cómo éstas puedan contribuir a la preservación de los recursos si sus cuotas están garantizadas a todo evento, puesto que “los coeficientes de cada armador no podrán disminuir en más de un quince por ciento del coeficiente de participación original” (parte final del artículo 26 A, impugnado en el requerimiento). En consecuencia, resulta claro que se trata de derechos nacidos en esta ley sin consideración a la perspectiva medioambiental

y el Estado ha incumplido su deber de tutelar la preservación de los recursos marinos en la génesis de estos derechos;

58°. Que, en cuanto al respeto de la variable de preservación de la naturaleza, mientras opere el nuevo sistema de licencias clase A hay que estar al análisis de las reglas de su pervivencia en el tiempo. Se trata de licencias renovables por una sola vez cada 20 años que pueden pasar al sistema general de pesca, esto es, las licencias tipo B, “siempre que el solicitante o los titulares previos no hayan incurrido en un lapso de 10 años en uno o más de los siguientes hechos: a) Haber sido sancionado con más de cuatro infracciones de las contempladas en los artículos 40 B y 40 C de esta ley, en una misma pesquería, no existiendo por parte del armador recursos administrativos ni judiciales pendientes. b) Haber sido sancionado con más de tres caducidades parciales en una misma pesquería, declaradas mediante resolución firme y ejecutoriada. c) El reiterado incumplimiento grave de las normas laborales y de seguridad social con sus trabajadores. Se tendrán como vulneraciones de este tipo, entre otras, los atrasos u omisiones en el pago de las remuneraciones, cotizaciones previsionales o de salud que excedan tres períodos mensuales o la existencia de cuatro o más condenas ejecutoriadas por infracciones a los derechos del trabajador y a las normas sobre jornadas de trabajo, remuneraciones, feriados, protección a la maternidad, sindicalización y prácticas antisindicales en el plazo de siete años. Para los efectos de este artículo, si en un período de 10 años, el titular de la licencia transable de pesca no cuenta con ninguna sentencia condenatoria ejecutoriada o resolución ejecutoriada, no se contabilizarán las infracciones por las cuales haya sido condenado durante el período anterior. (...) Las licencias transables de pesca que no se renueven se licitarán conforme a las reglas establecidas en el reglamento para la licitación de licencias transables de pesca clase B y por un período de 20 años” (artículo 26 B del proyecto de ley requerido);

59°. Que las exigencias planteadas por el legislador manifiestan un fuerte compromiso por la defensa de los derechos laborales y de seguridad social de los trabajadores del sector. Asimismo, esta normativa plantea condicionamientos propios de la actividad por la vía de la caducidad parcial que está regulada en el artículo 143, letra b), de la Ley 18.892 y referida al hecho de “no iniciar actividad pesquera extractiva, entendiéndose por tal la no realización de operaciones de pesca con una o más naves, por dos años consecutivos, o suspender dichas actividades por más de 12 meses sucesivos”. Por tanto, no tienen efecto todas las caducidades, algunas de las cuales tienen un claro sentido de protección medioambiental, como aquellas que sancionan los delitos de contaminación (artículo 136) y de internación de especies hidrobiológicas sin autorización (artículo 137). Por tanto, ninguna de estas causales que condicionan la vigencia de las licencias clase A tiene referencia válida a objeto de acreditar el respeto a la preservación del medio ambiente;



60°. Que la única causal que condiciona la vigencia de una licencia clase A es el artículo 26 B, literal a), que establece sanciones administrativas por sobrepasar las toneladas autorizadas de captura (artículo 40 B) y por no informar capturas, cumplir con la certificación o realizar capturas con naves no inscritas (artículo 40 C). Efectivamente aquí hay un vínculo que es necesario ponderar. Se trata de obligaciones medioambientales esenciales que se postergan hasta el cumplimiento de más de cuatro infracciones, “no existiendo por parte del armador recursos administrativos ni judiciales pendientes”. Más allá de considerar en el mérito que se trata de una regla que termina por verificarse después de un conjunto de años de incumplimiento y litigación en tribunales, no podemos advertir, a diferencia del caso anterior, que los derechos propios de la licencia clase A permanezcan sin consideración a la preservación de la naturaleza, exigida por el artículo 19, N° 8°, inciso primero de la Constitución;

61°. Que, en consecuencia, estos Ministros acogen la ampliación del requerimiento en razón de tratarse de derechos que nacen ex novo sin ningún tipo de vinculación con la preservación de la naturaleza en el ecosistema marino. Se trata del incumplimiento de un deber estatal con habilitación expresa en la Constitución y habilitación detallada en la Convención de Derecho del Mar, aun cuando ésta no sea parámetro de control, pero que afecta a la responsabilidad de los Estados en la preservación de estos recursos;