

INSTITUCIONES POLÍTICAS Y

TEORÍA CONSTITUCIONAL

Tomo I

Cap. I: Introducción al Derecho Político

Concepto, ámbito de lo político y la política

Política: (polis; πόλις: ciudad). Actividad de conducir a los hombres que viven en la ciudad (conjunto de ciudadanos). La polis es entendida como un concepto de carácter humano y jurídico y no como una infraestructura material; puede asimilarse a nuestra actual concepción de Estado.

Ciudadanos: habitantes que tenían el estatuto jurídico de tales excluyéndose a los extranjeros y esclavos (Grecia).

Ciudad: conjunto de relaciones organizadas entre las personas que disponen de un cierto estatuto (Debbasch y Pontier).

Lo político: evoca el mundo de las esencias, dice relación con el mundo del discurso racional sobre la orientación de la evolución de la sociedad, sin considerar los aspectos contingentes (Freund); califica un cierto arreglo ordenado de elementos materiales de una colectividad y de elementos espirituales que constituyen su cultura (Burdeau).

La política: se ubica en un plano inferior con respecto a lo político; constituye la actividad que desarrollan los hombres en orden a gobernarse a sí mismos dentro de una sociedad política. Es el lugar de la lucha por el poder, de los conflictos. La política se sitúa en el plano de la contingencia.

Relación entre lo político y la política: la política necesita reflexionar permanentemente sobre su naturaleza, en lo político, para no perder su objetivo.

Política y poder

Poder: relación interhumana de mando-obediencia; existe cuando una persona logra ejercer su voluntad por otros. Es el elemento esencial de la política, pero no todo poder es político (también existe el poder económico, religioso, militar, social, entre otros).

Política: actividad de dirigir, conducir al grupo humano inmerso en la sociedad.

Carácter político de la política: relaciona a todo hecho, acto o situación en tanto que ellos traducen la existencia en un grupo humano de relaciones de autoridad y de obediencia establecidas en vista de un fin común (Burdeau).

Sistema político: es una trama persistente de relaciones humanas que involucran en un grado significativo, control, influencia, poder o autoridad (Robert Dahl).

a) Política en sentido formal: basta que la actividad de unos seres humanos, en relación con otros, tienda a que el comportamiento de los segundos sea determinado por lo que los primeros se proponen (Mario Justo López).

b) Política en sentido material amplio: además de haber sujetos que actúan como promotores de una acción y ciertos fines a realizar, hay también una actividad configuradora de mando-obediencia, con carácter permanente.

Política en sentido material restringido: cuando la actividad y las relaciones que constituyen cierta realidad política están referidas al Estado.

Se puede distinguir un poder político estatal y no estatal.

Poder político estatal: dice relación con la acción de quienes ocupan los órganos gubernamentales y cuya actividad se imputa al Estado.

Poder político no estatal: relaciones que se establecen entre los grupos e instituciones que tienden a proporcionar a sus miembros la ocupación de los órganos gubernamentales, tales como los partidos políticos.

Bajo esta perspectiva, política es toda la actividad humana que emana de los órganos del Estado o está dirigida hacia ellos con una finalidad determinada, o la actividad de quienes procuran obtener el poder, retenerlo o ejercitarlo con vistas a un fin (M. Verdugo).

La política y el derecho

La actividad política es el dinamismo de la estructura del poder político.

Esta actividad política tiene dos caras o fases:

a) Faz agonal: actividad política realizada para conquistar el poder estatal y mantenerlo, así como las acciones destinadas a asegurar el triunfo en la lucha por el poder.

b) Faz arquitectónica: actividad política que realizan los gobernantes u ocupantes de los cargos de poder en la conducción de los miembros de la sociedad de acuerdo con su programa de conducción de la sociedad política.

Relación entre la faz agonal y arquitectónica: ambas fases están entrelazadas y complementadas entre sí; la faz agonal recoge la diversidad de las distintas vivencias y valores, permitiendo el dinamismo de la vida política, la expresión de las distintas concepciones y fuerzas políticas, sin lo cual existe el peligro de la fosilización, del estancamiento y dogmatismo. Sin embargo, puede llevar al paroxismo y a la anarquía; debe complementarse con la faz arquitectónica, que permite construir el proyecto social según la concepción de bien común imperante, dándole estabilidad a la sociedad.

Regulación jurídica de la actividad política en su faz agonal: regulada por normas jurídicas que determinan los modos de acceder al gobierno y su permanencia en ellos, en sus diversos cargos y funciones, como su permanencia en ellos. Según el modo de acceder al poder (herencia, cooptación, sorteo, elección, etc.) y ejercer el gobierno y la relación política entre gobernantes y gobernados, se pueden distinguir dos sistemas políticos: democráticos, autocráticos.

Regulación jurídica de la actividad política en su faz arquitectónica: se rigen por un conjunto de técnicas o medios jurídicos que limitan el ejercicio del poder con el objeto de asegurar, proteger y garantizar los derechos humanos.

Interrelación permanente entre política, derecho y moral: para que la actividad política se considere legítima, debe tener su base en el respeto del derecho, y su fundación en valores morales, principios y costumbres que justifiquen y legitimen la actividad de los gobernantes.

La política como objeto de conocimiento

Clases de conocimiento político

a) Conocimiento político puro: busca describir la realidad política con el mayor grado de generalización posible. Se preocupa de lo que es.

b) Conocimiento político aplicado: predomina una orientación hacia la praxis (práctica); el conocimiento político aplicado utiliza el conocimiento político puro en relación con la realidad práctica, en tres casos diferentes: para la investigación empírica, para el pronóstico o predicción de los fenómenos futuros y para la prescripción de la conducta política en sus diferentes fases. En este caso el conocimiento no sólo contiene juicios de realidad, sino también juicios de valor. Se preocupa de lo que ha de ser.

Ambos buscan conocer *lo que es*, tal cual es, la diferencia está en que el puro busca ese conocimiento en un plano general y abstracto, mientras que el conocimiento político aplicado lo busca en un plano de lo concreto y empíricamente determinado.

Tipos de conocimiento político

a) Teoría: es una proposición la cual mantiene dos o más factores varían conjuntamente en determinadas condiciones (Mario Justo López); corresponde al conjunto de hechos no sólo comprobados y ordenados, comprobados, sino explicados y organizados (Prélot).

Una teoría contiene tres elementos:

- 1.Un sistema de enunciados estructurados, referidos a una parte de la realidad política.
- 2.Una especificación de los presupuestos y condiciones límite bajo los cuales son válidos tales enunciados.
- 3.Una posibilidad de configurar hipótesis sobre sucesos y modificaciones futuras (Klaus von Beyme).

Teoría política: es un tipo de conocimiento político puro; comprueba, agrupa y explica los hechos políticos. Se preocupa del ser de la política (Easton)

Teoría política clásica: comienza con Nicolás Maquiavelo, con su obra *El Príncipe* (expone los métodos para obtener y conservar el poder, basándose en la observación del acontecer político en los principados italianos). Otros teóricos importantes son: Hobbes (*El Leviatán*); Locke (*Segundo Tratado de gobierno*); Montesquieu (*El espíritu de las leyes*); J. J. Rousseau (*El contrato social*); Edmund Burke (*Reflexiones de la Revolución Francesa*).

b) Doctrina: se ocupa de los fenómenos. Juzgan los hechos e indican los caminos a seguir (Prélot). Tiene un carácter normativo: señala valores, fines y medios de la actividad política. Su objeto es el deber ser de la política. Easton la denomina teoría de los valores: juzga y valora la realidad a partir de una cierta cosmovisión o *weltanschauung*.

Grados de conocimiento político

Se refiere a los distintos modos que adopta el acto de conocer y a los diferentes resultados que se obtiene con ellos.

a) Teología política: la política es explorada a partir de la Palabra de Dios (su base es el dato revelado por Dios). Busca iluminar la realidad humana y política; el punto de partida de esta concepción es la fe,

un elemento no tangible: parte de la sabiduría divina.

b) Filosofía política: es un conocimiento que constituye una sabiduría humana, busca conocer para actuar desde lejos; la diferencia entre la filosofía y la teología, es que la filosofía se basa en el saber del hombre, en cambio, la teología tiene sus fundamentos en el saber de Dios. La filosofía es conceptual y busca aprehender el fin y sentido último de lo político y del acontecer político.

El objeto propio y formal de la filosofía política es el acto humano a regular en conformidad con su fin (Maritain); tiene como campo de estudio fundamentalmente el aspecto ontológico (la esencia, la causa y fin, el ser de la política) y el aspecto moral (el hacer axiológico) .

La perspectiva neotomista concibe la ciencia política como una rama subordinada de la filosofía política.

c) Sociología política: estudia las leyes estructurales que constituyen las comunidades políticas. Se preocupa de la conducta política. Aplica las teorías sociológicas al mundo político. Parte de los efectos de la sociedad sobre el Estado (Bendix y Lipset). El método utilizado por la sociología política es de carácter empírico e inductivo.

d) Ciencia política: puede ser considerada desde distintas perspectivas:

Teoría normativa: perspectiva esencialmente humanista–cristiana. Tiene sus raíces en Aristóteles, quien comprende a la ciencia política como la doctrina de la vida buena y justa, siendo una prolongación ética. Esta dimensión fue desarrollada por Santo Tomás de Aquino, quien sintetizó el pensamiento aristotélico y el cristiano: entiende la preocupación política como la búsqueda de la recta vida humana en multitud, como la construcción del bien común. Es una ciencia humana y un conocimiento especulativo–práctico.

Teoría empírico–analítica: parte de una distinta concepción, de un enfoque positivista: pueden adecuarse hasta su identificación con la realidad parcializada, buscando acercarse a una ciencia aséptica.

Teoría crítico–dialéctica o crítico–social: orientación neomarxista, que entiende la totalidad socio–política como producto de la praxis social de los hombres. Esta teoría concibe la praxis política como una praxis social y a las instituciones de dominación como instituciones propias de una determinada sociedad. Poder y coerción son productos del hombre.

Métodos que emplea la ciencia política

Behaviorista: privilegia el estudio de los comportamientos, utilizando instrumentos de análisis proporcionados por otras ciencias humanas; este método fue desarrollado en los Estados Unidos de Norteamérica.

Funcionalista: compara los procesos políticos con los orgánicos (analogías entre el cuerpo humano y la sociedad política). En la sociedad cada órgano cumple una función necesaria para mantener con vida al conjunto del organismo.

Al funcionalismo se le criticó el hecho de que una unidad funcional no es posible de verificar.

Expositores: Radcliffe–Brown, Malinowsky.

Neofuncionalismo: nace frente a las críticas al funcionalismo; plantea que en la sociedad sólo existe una función cuando ella responde a una necesidad social, la cual puede ser tanto de carácter conservador como revolucionaria. Aquí se distingue una función manifiesta (aquellas cuyas consecuencias son deseadas y comprendidas por la sociedad) y una función latente (aquellas cuyas consecuencias son imperceptibles e

incomprendidas por la sociedad).

Expositores: R. K. Merton.

Desarrollista: señala que las estructuras políticas de una sociedad se van modificando para adquirir características modernas. Así, la modernización política se mide por el grado de diferenciación estructural de una sociedad dada. G. Almond, G. Bingham–Powell consideraron la variable de diferenciación estructural de los roles como la variable principal de la diferenciación entre los sistemas, distinguiendo tres:

Sistemas primitivos: se caracterizan por una diferenciación estructural reducida y una cultura política cerrada.

Los sistemas tradicionales: se caracterizan por tener estructuras políticas diferenciadas y por tener una cultura del sujeto.

Sistemas modernos: existe una diferenciación de estructuras políticas, además de las estructuras gubernamentales, que se caracterizan por una cultura participante.

Expositores: Robert Dahl, G. Almond, G. Bingham–Powell.

Análisis de sistemas: la sociedad global está compuesta de varios sistemas, uno de los cuales es el sistema político; el sistema político puede ser conceptualizado como un conjunto de elementos religados por una serie de relaciones. Cuando uno de los elementos se modifica, ello provoca la modificación de los otros elementos de éste.

Este enfoque sistémico permite realizar una interpretación de la vida política como un sistema de conducta adaptativo, autorregulador y auto transformador, cuyos principales elementos son las instituciones jurídicas y las actividades informales dentro del sistema formal.

Expositores: David Easton, Karl W. Deutsch.

Autputs Sistema Político Autputs

Inputs Inputs

Amb. extrasocietal Amb. intrasocietal

Inputs: entradas al sistema político, constituidas por demandas o exigencias producto de las insatisfacciones del mundo social, y también apoyos, de los cuales depende el sistema político, los que son filtrados por los órganos de intermediación o regulación.

Autputs: salidas desde el sistema político; constituyen las decisiones políticas que son las respuestas otorgadas a las demandas y a los apoyos formulados.

Las materias tratadas por la ciencia política

La Ciencia Política ha pasado a ser la rama del conocimiento omnicomprendivo del fenómeno del poder y el Estado. Así, una reunión de expertos de la UNESCO, efectuada en París, en 1.948, estableció la lista de temas y materias que interesaban a la Ciencia Política:

1. La teoría política

2. Las instituciones políticas

3. Partidos políticos

4. Las relaciones internacionales

e) Derecho Político: es la disciplina que procura conocer el funcionamiento real de las instituciones jurídico-políticas y la aplicabilidad real de las normas constitucionales.

Para Silva Bascuñan, es la rama o parte del Derecho Público que estudia las reglas que rigen la organización y funcionamiento de la autoridad y el comportamiento recíproco de gobernantes y gobernados y el régimen del poder estatal.

Para Lucas Verdú, es aquella rama del Derecho interno que estudia las normas e instituciones reguladoras de los poderes estatales y de las libertades fundamentales en el contexto histórico y sociopolítico.

Misión del Derecho Político

Misión didáctica: suministra un conocimiento real de la organización y funcionamiento de las instituciones políticas.

Misión ideológica: consiste en demostrar que las instituciones democráticas occidentales son las más convenientes y adecuadas al desarrollo integral de la persona humana en el actual nivel histórico.

Misión ética: esta disciplina sirve para promover el libre desarrollo de la persona humana en sociedad, respetando el bien común conforme a los principios del humanismo cristiano (Lucas Verdú).

Cap. II: Los Orígenes y los Elementos o Condiciones de Existencia del Estado

La utilización del vocablo Estado

El término Estado se utilizó por primera vez en el siglo XVI en la obra *El Príncipe*, de Maquiavelo. El concepto de Estado está vinculado a la idea de poder de dominación soberana, que estaba radicado en los monarcas o en formas republicanas.

En las lenguas germánicas: *Staat, Reich* (alemán); *Staad, Rijk* (neerlandés); y en inglés: *State, The Crown*.

Para algunos autores se debe reconocer la calidad de Estado a todas las formas de sociedad política que han aparecido en el curso de la historia (Duguit y Jellinek), pero para otros la noción de Estado sólo puede aplicarse a sociedades políticas suficientemente desarrolladas que presentan ciertos rasgos esenciales y específicos (Georges Burdeau y Herman Heller).

Los orígenes del Estado moderno

Para Burdeau, existen formas pre estatales de poder político, formas de organización de la sociedad que no eran Estados. En el surgimiento de esta moderna forma de organización de la sociedad política confluyen factores económicos, religiosos, políticos y culturales, en una larga y lenta evolución que culminará en el Renacimiento.

Para ello las comunidades pasaron por diversas etapas:

a) Poder difuso o anónimo: comunidades humanas más primitivas. El poder político se encuentra disperso entre sus componentes, sin que exista un gobernante o jefe que lo ejerza en nombre de algo o de alguien. Son grupos sociales estancados, donde la dispersión del poder ha hecho imposible todo dinamismo social y todo

progreso. El poder encuentra su origen en un conjunto de supersticiones, tradiciones y costumbres.

b) Poder individualizado: surge como reacción al difuso. El poder se encarna en un hombre, un jefe que concentra los instrumentos de poder y toda la energía creadora. El jefe manda en razón de su coraje, de su habilidad, su genio, su suerte o su riqueza, los cuales constituyen el fundamento de su poder. Todo el poder se encarna en él, se afirma en sus decisiones y desaparece con él: no existe continuidad, hay peligro de arbitrariedad, no hay legitimidad; el poder es concebido como un simple fenómeno de fuerza.

c) Poder institucionalizado o estatal: la institución explica el poder, permite atribuir al ser nacional una realidad jurídica acorde con su realidad de hecho, suprime las querellas relativas a la legitimidad o al menos su justificación en derecho y disminuye en fin el peligro de la arbitrariedad de sus gobernantes. El poder es traspasado de la persona del gobernante al Estado. Los gobernantes son meros agentes de ejercicio. El orden político se institucionaliza en el derecho.

La aparición de la institucionalización del poder y el Estado moderno se hacen posible por:

1. La unificación y centralización del poder en el monarca. Permanencia de las decisiones y la continuidad del poder.
2. La secularización del poder. Tal secularización tiene su inicio en la querella de las investiduras (Papa Gregorio VII –1.073 al 1.085–), asentándose durante el renacimiento, estableciéndose una distinción clara entre el fin temporal y el fin religioso.
3. Objetivación del poder, por medio de normas de cumplimiento obligatorio y se institucionaliza la función pública (Heller).

Condiciones de existencia (Burdeau) del Estado moderno: población, territorio, poder, fin, organización jurídica, y el reconocimiento de otros Estados.

Cap. III: La Población

a) El Estado se basa en un grupo humano más o menos numeroso. Reúne seres humanos en las diversas etapas de su vida.

No hay Estado sin seres humanos; si se considera al ser humano como persona teniendo un fin propio y derechos que le son inherentes, será necesario admitir que el Estado debe contribuir al servicio del bien común (Encíclica *Redemptor Hominis*, Juan Pablo II).

b) Las personas se agrupan al interior del Estado en un sinnúmero de otras comunidades o sociedades, que conforman una red de tejido social entre el hombre y el Estado; la familia; sindicatos, asociaciones profesionales y empresariales (actividades económicas); juntas de vecinos, centros de madres, centros juveniles (actividades sociales); centro de alumnos, federación de estudiantes, centros culturales, centros de padres y apoderados (actividades culturales o educacionales); comunidades de base, comunidades parroquiales, movimientos de Iglesia (actividades religiosas); centros de estudios, movimientos y partidos políticos (actividades políticas).

El concepto de pueblo y población

Al elemento humano como preexistente al Estado y esencial para su existencia, los autores lo denominan población o pueblo, indistintamente, aun cuando no son sinónimos.

a) Población: totalidad de seres humanos que conviven dentro de un territorio determinado con total

independencia de sus diferencias sociales y jurídicas (sociedad civil).

b) Pueblo: equivalente a población formación natural y a la parte de la población que no forma parte de la aristocracia.

Desde un punto de vista jurídico.

a) Población: conjunto de habitantes de un Estado, donde cada uno es titular de derechos y obligaciones civiles.

b) Pueblo: parte de la población que tiene un estatus superior, pues junto con ser titular de derechos y obligaciones civiles también lo es de derechos y obligaciones políticas (ciudadanos o cuerpo electoral).

La cantidad y la composición de la población

El problema de la cantidad de la población se presenta como densidad poblacional, que es la relación aritmética entre el número de habitantes y la superficie del territorio sobre la cual viven.

La demografía es la ciencia que estudia la política en sus aspectos preponderantemente cuantitativos, mientras la demología se constituye en el estudio de la población con mayor énfasis en aspectos cualitativos. Con respecto al problema de la cantidad de población, a su aumento o disminución, hay varias doctrinas

a) Doctrina anti-poblacionista o malthusiana: Tomás R. Malthus, Ensayo sobre el principio de población, dice que los bienes de subsistencia crecen en forma aritmética, mientras que la población crece en forma geométrica, por lo que apostaba por la regulación de la tasa de natalidad.

b) Doctrina poblacionista o anti-malthusiana: doctrina católica contraria al control de natalidad por medios no naturales, desarrollada en la encíclica *Humanae Vitae*, de Paulo VI

Otros problemas que se presentan son la concentración de la población en torno a ciudades o capitales de los Estados (megalópolis), así como el fomento de una distribución más equilibrada de la población, una homogeneización de la densidad poblacional y una cierta heterogeneidad de la población que coadyuve al progreso y evite la fosilización de ella.

Relación jurídica entre población y Estado

a) La población es el sujeto del Estado: ella lo crea y funda sus instituciones para sus propios objetivos o fines.

b) La población es el objeto del poder (*imperium*) del Estado: población y Estado serían factores contrapuestos; la población se limitaría a recibir las órdenes del Estado.

c) La población es el elemento de validez de las normas del Estado: la población constituye la esfera personal de validez de las normas, situación que deja libre al hombre en posición de pasividad, actividad o negatividad, según que obedezca el principio, lo cree o no tenga relación alguna con él (H. Kelsen).

La población entendida como cuerpo político, es un elemento constitutivo y es sujeto del Estado, al cual el Estado debe servir y es, también, el sujeto que actúa como titular de poder constituyente; sus miembros individuales están subordinados al Estado, en virtud de que su tarea es la realización del bien común de la sociedad política.

Relación jurídica entre personas que forman la población y el Estado

a) Nacionales: están sometidos al *imperium* del Estado, en virtud de formar parte de la comunidad nacional, y que se expresa en títulos de solidaridad, cooperación y obediencia de su campo específico.

b) Extranjeros: sólo están relacionados con el Estado en la medida en que se encuentren dentro del territorio en el cual éste tenga imperio y sólo durante su permanencia en él.

Nacionalidad: está determinada por ciertos principios:

a) *Ius solis*: es el principio que determina la nacionalidad por el hecho de haber nacido dentro del territorio de un Estado, principio que tiene aplicación preponderante en América latina.

b) *Ius sanguinis*: establece que los hijos de padres de determinada nacionalidad la adquieren con la sola condición de avecindarse por más de un año en ese país, adquiriéndose por vinculación sanguínea, por herencia de los padres; es el principio preponderante en Europa.

c) Adquirida: supone un cambio de la nacionalidad originaria, aun cuando también exista la doble nacionalidad, que es la adquisición de una segunda nacionalidad sin perder la originaria.

La ciudadanía: se reserva a los nacionales de un Estado a los que se reconoce capacidad política para intervenir en la cosa pública (nivel de madurez adecuado, edad, inscripción en registros electorales)

Formas de sociabilidad de la población del Estado: las comunidades y las sociedades

Comunidad: grupo humano que se conduce y actúa por elementos que preexisten a la razón. Los unen una historia, lengua, religión, raza. Obedece a sentimientos y emociones espontáneas, sin fines subjetivamente propuestos; es un hecho que precede a las determinaciones de la inteligencia y voluntad humanas. La comunidad más desarrollada es la nación.

Sociedad: grupo humano organizado con decisiones racionales, fines y objetivos definidos por la inteligencia y voluntad humanas, con organismos jurídicos y autoridades. El comportamiento es deliberado y orientado racionalmente hacia fines, valores. El Estado es la sociedad más desarrollada.

La Nación

Es la comunidad de las comunidades.

Es un núcleo consciente de sentimientos comunes y de representaciones que la naturaleza y el instinto han hecho caminar alrededor de un núcleo de cosas físicas, históricas y sociales, que advierten como la historia los ha hecho, que valoran su pasado y que se aman a sí mismos tal cual se saben o se imaginan ser, con una especie de inevitable introversión; tiene elites, pero no tiene ni jefe ni autoridad gobernante; tiene estructuras, pero no tiene formas racionales ni organización jurídica; tiene pasiones y sueños, pero no tiene un bien común; tiene maneras y costumbres, pero no tiene ni orden ni normas formales; es un patrón de vida privada, pero carece de principios de orden público (Jacques Maritain).

Es una agrupación de formaciones étnicas primarias en que la convivencia prolongada en un mismo país, unidas a ciertas comunidades de raza, lengua, religión y recuerdos históricos, ha engendrado una comunidad espiritual, base de una formación étnica superior (Hauriou).

Nación, como vocablo, tiene su raíz en el verbo *nascor* (nacer), de donde viene *natio*, que indica una relación de procedencia y un origen común.

Elementos objetivos y subjetivos que conforman la Nación (Burdeau)

Elementos objetivos

- a) Raza: origen étnico o racial. Sin embargo, si se siguiera rigurosamente este criterio, sería difícil encontrar una raza pura en estos días, pues se han mezclado las distintas etnias o estirpes (Del Vecchio).
- b) Religión: las mismas creencias religiosas jugaron un papel fundamental en la formación de algunas naciones, empero, hoy no tiene mucha importancia debido al pluralismo de convicciones religiosas y la mayor tolerancia existente en la sociedad contemporánea.
- c) Lengua: este elemento logra concertar un cierto consenso, aún cuando no siempre los grupos lingüísticos coinciden con los grupos nacionales.
- d) Cultura: elemento ligado al anterior; contribuye a hacer nacer una fuerte solidaridad a quienes forman parte de ella.
- e) Habitar un mismo territorio y tener un pasado común; la historia juega un papel no despreciable en la formación y mantenimiento de una nacionalidad.

Elementos subjetivos

- a) La manera de comprender los elementos objetivos y sobre todo el pasado común.
- b) La toma de conciencia de que esos rasgos comunes le son propios, que los identifican y los distinguen de otras comunidades.
- c) Voluntad de vivir en común.

La importancia relativa de los diferentes elementos señalados varía bastante de una Nación a otra; Huberland dice que la influencia de cada elemento depende de la importancia que le atribuyan los mismos miembros de la nación interesada.

Es preciso señalar que debemos distinguir claramente entre Nación y nacionalismos, que es una exacerbación y distorsión del patriotismo, una manipulación del sentimiento nacional de un pueblo con fines políticos, económicos o bélicos, así como tampoco debe confundirse Nación con Estado.

Criterios de repartición de la población entre los diferentes Estados

a) Principio del derecho de los pueblos a disponer de ellos mismos: derecho de la población a elegir en qué Estado ella será agrupada; este derecho aparece como consecuencia de la doctrina de la libertad individual como del derecho de los ciudadanos de gobernarse a sí mismos, ya sea directamente o a través de representantes. Cada pueblo tiene el derecho de elegir su propio gobierno así como el cuadro político en el cual entiende vivir en el medio internacional (Stratis Calogeropoulos).

b) Principio de las nacionalidades: los miembros de la población de un determinado territorio tendrán la voluntad de ser reunidos en un solo Estado en la medida que estén ligados por caracteres comunes, pues este principio reclama la coincidencia entre Nación y Estado (Jean Dubin, Hohannet).

Formas de sociedad

1. Cuerpo político: es la sociedad más perfecta existente en la historia humana. Contiene en su interior a la comunidad nacional y a una multiplicidad de otras comunidades de menor rango. En él las autoridades se van generando de abajo hacia arriba hasta la autoridad suprema que es el Estado. Tiene como fin el bien común.

Es una sociedad requerida por la naturaleza y realizada por la razón.

2.Estado: es una parte del cuerpo político; es un conjunto de instituciones cuya finalidad es mantener la ley, promover la prosperidad común, el orden público y administrar los asuntos públicos. Es producto de la actividad de la razón unida al derecho; es un conjunto de instituciones que se relacionan entre sí; es un instrumento de servicio al hombre.

Teoría instrumentalista del Estado: el Estado es parte o instrumento del cuerpo político, subordinado a este e investido de autoridad superior únicamente en virtud y en la medida de las exigencias del bien común y no de un derecho y en interés propio. El Estado está al servicio de la persona humana.

Teoría sustancialista o absolutista: hacen del Estado una persona moral impuesta sobre el cuerpo político, gozando de poder supremo en virtud de su propio derecho e interés.

Sociedades intermedias: conjunto de personas con una misma vocación o intereses que unen sus esfuerzos en forma duradera para conseguir sus fines. Deben tener un grado de autonomía, con relaciones de leal colaboración y de subordinación al bien común.

Nacen a raíz de la complejidad creciente de las relaciones humanas, a su interdependencia y la multiplicidad de intereses, los que las condiciones actuales hacen inalcanzables para las posibilidades y acciones individuales.

Principio de subsidiariedad: es un principio que regula las relaciones entre el Estado y las sociedades intermedias y éstas entre sí. Este principio reconoce el derecho de las personas y de las sociedades intermedias a realizar por su esfuerzo o iniciativa la realización de sus fines, subordinados al bien común, el cual debe ser garantizado y promovido por el Estado. Frente al bien común, todas las sociedades y grupos están subordinados. El principio de subsidiariedad tiene un planteamiento negativo y positivo.

Por la dimensión negativa: existe la obligación de no intervenir en las actividades de las personas y sociedades intermedias cuando desarrollan su actividad real y eficazmente.

Por la dimensión positiva: implica una protección y respeto a la persona humana y a las comunidades menores frente a las mayores, así como una obligación del Estado y de las sociedades mayores de ayudar a las sociedades menores cuando éstas no sean capaces de realizar su actividad real y eficazmente, o cuando se atenta contra la dignidad humana o no subordina sus objetivos al bien común.

La Nacionalidad

Es un vínculo jurídico, político y sociológico que une a una persona con un Estado determinado.

* Jurídico: de este derivan derechos y obligaciones recíprocas entre el Estado y la persona.

* Político: habilita a la persona, cumpliendo previos requisitos de edad e idoneidad moral, a participar activamente en la sociedad política y en el gobierno, ejerciendo los derechos políticos.

* Sociológico: las personas que poseen una nacionalidad están unidos por una serie de factores históricos, culturales y una comunidad de intereses y espiritual que los une a un destino común que se desarrolló conscientemente.

Fuentes de nacionalidad

Medios a través de los cuales se adquiere la nacionalidad. Cada sociedad política estatal regula en su

ordenamiento jurídico la adquisición o pérdida de la nacionalidad.

El Derecho Internacional ha establecido que toda persona tiene derecho a una nacionalidad, a la del Estado en que nació o la de otra, por lo tanto, a nadie se le puede denegar arbitrariamente su nacionalidad ni el derecho de cambiarla.

Fuentes originarias, naturales o biológicas: confieren la nacionalidad en virtud de un hecho natural, el nacimiento de la persona.

a) Principio de *ius solis*: determina la nacionalidad en virtud de haber nacido dentro del territorio de un Estado.

b) Principio de *ius sanguinis*: por vínculos de consanguinidad, siguiendo el hijo la nacionalidad de los padres.

c) Principio de *ius domicili*: por el hecho de fijar domicilio, acompañado de la organización principal de su actividad económica o sus negocios en un determinado Estado.

Fuentes derivadas, adquiridas o legales: los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile al servicio de su gobierno y los hijos de extranjeros transeúntes podrán optar a la nacionalidad chilena.

a) Carta de nacionalización: un extranjero puede adquirir la nacionalidad chilena renunciando expresamente a su nacionalidad, todo ello conforme con la ley; se exige 21 años de edad y 5 años de residencia continua en el territorio nacional y renunciar a través de instrumento público a su anterior nacionalidad, excepto si existen tratados internacionales de reciprocidad.

b) Nacionalidad por gracia de ley: a extranjeros que han prestado servicios distinguidos al país, a los cuales no se les exige ningún requisito ni renuncia alguna, adquiriendo inmediatamente todos los derechos políticos.

Otras formas en el derecho comparado:

* Por contraer matrimonio con un nacional (Costa Rica).

* Por haber sido adoptado por un nacional mientras se es menor de edad (Ecuador).

Cap. IV: El Territorio

Territorio: es el elemento que permite la base para el asiento de la población, proporcionando habitación y alimentación, es el área en que impera por regla general la autoridad del país sobre nacionales y extranjeros, como asimismo, permite la defensa del país ante los ataques o agresiones externas.

El Estado supone una fijación sedentaria de la población, en un territorio estable y excluyente de otro poder estatal limitado por fronteras más o menos claras.

La mayoría de los autores está de acuerdo con que es un elemento indispensable del Estado, no así L. Duguit.

Componentes del territorio

1.Espacio terrestre; este espacio comprende:

Suelo: territorio del Estado limitado por fronteras.

Subsuelo: espacio desde el suelo hacia el centro de la tierra;

Lecho de mar

Subsuelo

Islas y aguas nacionales o internas: incluye, además, puertos, fondeaderos, radas, mares internos, mares separados por islas y desembocaduras de ríos.

2.Espacio marítimo; es la prolongación del espacio terrestre del Estado hacia el mar. Comprende:

Mar territorial; zona entre la costa y la alta mar: desde la línea de más baja marea hasta las doce millas marinas mar adentro. En esta zona el Estado tiene plena jurisdicción.

Zona contigua: espacio marítimo contiguo al mar territorial que no puede extenderse más allá de 24 millas marinas. A partir de la línea base con que se mide la anchura del mar territorial. El Estado ribereño tiene medidas de fiscalización, para prevenir infracciones de sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios. Además, puede sancionar estas infracciones.

Mar patrimonial: o zona económica exclusiva. Zona marítima cuya extensión máxima son 200 millas marítimas. Los Estados costaneros tienen jurisdicción sobre los recursos naturales renovables y no renovables que se encuentran en las aguas, suelo y subsuelo respectivo.

Tiene derechos de soberanía para los fines de exploración y explotación, así como de investigación, conservación y protección. Esa jurisdicción es limitada por el derecho a libre navegación.

La alta mar: parte de los mares que no cae bajo la jurisdicción de ningún Estado, extendiéndose más allá del mar territorial y patrimonial. Aquí rigen las normas del Derecho Internacional; se establece la libertad de navegación, la libertad de sobrevuelo y la libertad de tender cables submarinos y tuberías, la libertad de investigación, entre otras.

Aguas internas: incluye puertos, mares internos, radas, desembocaduras de ríos. El Estado tiene plena soberanía.

También se incluyen los suelos y fondos marinos:

Plataforma continental: comprende el lecho y subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá del mar territorial, hasta el borde exterior del margen continental, o bien hasta una distancia de 200 millas marinas; el Estado ejerce su soberanía en la exploración y explotación, con carácter exclusivo.

Crestas submarinas: son las elevaciones, especies de cordilleras submarinas que surgen en los océanos.

3.Espacio aéreo: es el espacio que se encuentra sobre el territorio y el mar jurisdiccional formando parte integrante del territorio del Estado, quedando bajo la soberanía exclusiva de este.

No se tiene claro donde termina el espacio terrestre y comienza el espacio exterior, presentándose varias posiciones:

a) La órbita sincrónica geoestacionaria: posición colombiana. Órbita circular en el plano ecuatorial; 35.871 kilómetros.

b) Espectro electromagnético: comprende la totalidad de las frecuencias y longitudes de onda de radiación

electromagnética.

c) Espacio ultraterrestre: ONU; exploración y utilización del espacio extraterrestre: se impide la apropiación nacional del espacio ultraterrestre y de cuerpos celestes, así como colocar en órbita armas de destrucción masiva.

4.Territorio jurídico o ficticio: lugares que los tratados o las costumbres internacionales reconocen como parte de la jurisdicción estatal (naves, embajadas).

Funciones o roles del territorio

a) Medio de repartición de competencias entre los diferentes Estados (orden internacional): las atribuciones normativas, gubernamentales y jurisdiccionales del Estado sólo pueden ser ejercidas por las autoridades dentro del territorio del Estado, las de otro Estado no pueden ejercer sus prerrogativas sobre los primeros. Carácter territorial del poder del Estado, de forma exclusiva y excluyente.

b) Medio de acción del Estado (orden interno): la posición de un territorio faculta a las autoridades a promulgar leyes aplicables a la población residente (nacional o extranjera). También puede nacionalizar y expropiar territorio, organizar medidas urbanas, y ante la amenaza externa o amenaza, la destrucción de inmuebles, y la facultad de tomar decisiones libremente sin la coerción de otros Estados.

Características del territorio

1. Unidad: cada Estado tiene un solo territorio, jurídicamente es una unidad.

2. Indivisibilidad: impide su desmembramiento. El territorio no pertenece a la propiedad de un soberano.

3. Exclusividad: inexistencia de otro poder político sobre el territorio.

4. Inviolabilidad: impide la cesión patrimonial del territorio (no impide la cesión de parte del territorio) y con ello la destrucción del Estado.

La adquisición y pérdida del territorio

1.Medios de adquisición

Medio originario: adquisición de territorio que no pertenecía a otro Estado con anterioridad.

Medio derivado: adquisición de tierras mediante su traspaso de un Estado a otro, ya sea por cesión, subyugación o prescripción.

*** Cesión:** traspaso de un territorio de un Estado a otro por medios como venta, donación, y canje o permuta de territorios (como consecuencia de guerras).

*** Subyugación:** toma de posesión de un territorio por conquista, seguida de la anexión formal de él (No es un medio jurídico).

*** Prescripción:** adquisición del título basado en el ejercicio efectivo *de facto* de la soberanía durante cierto tiempo (posesión pacífica: *utis possidetis*).

2. Medios de pérdida

Se consideran modos de pérdida la cesión, la avulsión, el abandono, la subyugación, la prescripción, y la secesión (pérdida de territorio por rebelión).

Repercusiones

- * **Sobre el territorio:** puede significar su aumento o disminución respecto al existente con anterioridad.
- * **Sobre los habitantes:** modificación de los estatutos jurídicos de las personas; se alteran sus derechos y deberes jurídicos.
- * **Sobre el Estado mismo y su organización:** varía la competencia de los órganos.

Las concepciones geopolíticas

Geopolítica; es una disciplina política con base geográfica, que estudia las relaciones entre la tierra y las instituciones y vida políticas, para extraer conclusiones que orienten la política. El primero en utilizar este término fue Rudolph Kjellen (*geopolitik*).

La teoría del conflicto entre los nómades y los sedentarios (J. Brunhes): se sostiene en los estudios etnográficos, de los cuales se deduce la calidad de conquistadores de los pueblos nómades y la calidad de conquistados de los pueblos sedentarios. Esta calidad de los pueblos nómades se debe a que constituyen pequeños grupos de hombres dispersos con sus rebaños sobre grandes dominios, obligados a desplazarse en búsqueda de los pastos disponibles y de los recursos de agua. Esta situación los habilita para ejercer la soberanía del espacio y dominar a sus semejantes.

La teoría sobre el desecamiento de la Tierra (Huntington): formula la hipótesis de que la decadencia entre civilizaciones de distintos sectores del mundo podía explicarse por las variaciones del clima. Así formuló la teoría del desecamiento de la Tierra que se realiza a través de alternancias de períodos secos y períodos húmedos, lo que intenta explicar los fenómenos históricos de emigración e invasión de los pueblos, los cuales se deberían al desecamiento de su hábitat natural.

La teoría del *Heartland* (Mackinder): parte de la concepción de la rivalidad de los pueblos del mar con los pueblos continentales. Para que un Estado pueda dominar a los otros, se requiere reunir en sus manos el poder marítimo y el occidental. La isla del Mundo es Europa, Asia y África, que constituyen un bloque único; el que posea la Europa oriental dominará el *Heartland*; quien posea el *Heartland* domina la isla del Mundo, y quien posea la isla del Mundo domina el mundo.

La teoría del espacio vital o *Lebensraum* (Ratzel): el poder político de un Estado depende de la situación y del espacio geográfico de que disponga el Estado. Si un Estado poderoso es pequeño, tiene el derecho de ampliar su territorio si quiere seguir siendo poderoso. Si un Estado no posee tal espacio, tiene derecho de expandir su influencia.

Relación jurídica entre Estado y territorio

a) Territorio como objeto (Laband); el territorio está al servicio y disposición del titular subjetivo; el Estado es dueño de lo que se encuentra sobre y dentro de su territorio. La relación entre Estado y territorio es de *Dominium*.

b) Territorio como elemento (Jellinek); el territorio es un elemento constitutivo del Estado, que forma parte no de su patrimonio, sino de su ser, por lo que no hay *Dominium* sino *Imperium*, que se ejerce sobre las personas y a través de ellas el territorio.

c) Territorio como competencia (Kelsen); el territorio es el espacio en que se ejerce la jurisdicción estatal, constituyendo el ámbito de competencia donde se deben cumplir sus órdenes.

d) Teoría ontológica del territorio (Hamel); el territorio no sólo ofrece un campo de competencias de los Estados, sino también un *Telos* (fin: ðððð) constituido por la comunidad y un lugar donde ejerce el poder.

e) Teoría de Smend; el territorio es factor de integración material así como factor de integración de la comunidad política, en cuanto objeto de vivencias espirituales (es el soporte del conjunto de valores del Estado y de su Pueblo-Patria), lo cual le permite ser el primero de los grandes símbolos integradores.

Cap. V: El Poder y la Autoridad en el Estado

El Estado requiere de un poder como vínculo ordenador de los habitantes y organizador de la vida social; no hay Estado sin poder.

Poder: relación de mando obediencia destinada a determinar el comportamiento de otros (Weber).

Poder político: se refiere a la relación interhumana de mando y obediencia que tiene lugar en el Estado, cuya actividad es imputada al Estado y los miembros de la sociedad que no ocupan dichos cargos.

Poder estatal; se caracteriza por reservarse la coerción, la fuerza física para obligar a los miembros de la sociedad el objetivo común que ella se ha dado. Es el poder desplegado por los órganos estatales y desde ellos (López).

El Estado es una sociedad necesaria, no voluntaria.

Se necesita del poder y la coerción, pues los fines no serán obtenidos de la colaboración espontánea de todos sus miembros.

La autoridad cumple un rol unificador del poder, pues elige los medios y determina los comportamientos a seguir.

El poder político se transforma en autoridad cuando además de contar con la fuerza, goza de legitimidad por el consentimiento de los ciudadanos.

Legitimidad; se requiere de la creencia de que las estructuras, los procedimientos, las decisiones, los actos y los dirigentes y funcionarios son buenos, justos, correctos y adecuados.

La legitimidad se define como la capacidad de los gobernantes o instituciones políticas para creer y mantener una creencia generalizada en la población acerca de la propiedad, la justicia y valor moral de su existencia y funcionamiento, por lo que tiene un carácter valórico.

La dominación legítima consiste en un determinado mínimo de voluntad, obediencia, o sea, interés (externo o interno) en obedecer.

Las cualidades del poder del Estado

1. Es un poder originario en la medida que su realidad y cualidades son inherentes e inseparables de su existencia, y su existencia es producto de la sociedad misma.

2. Es un poder público, pues el Estado desarrolla un fin público y común a toda la sociedad.

3. Es un poder autónomo, por cuanto no existe otro poder de mayor jerarquía que pueda determinarlo, siendo el máximo poder al interior de cada sociedad política.
4. Es un poder independiente hacia el exterior, ya que no depende de otros Estados.
5. Es un poder supremo en la sociedad política que se rige, ya que no hay otro poder igual o superior a él en dicha sociedad.
6. Es un poder incontrastable, sus decisiones no enfrentan resistencia que puedan ser perturbadas en su cumplimiento.
7. Es un poder coactivo porque tiene el monopolio absoluto de la fuerza, organizados al interior de la sociedad.
8. Es un poder centralizado, es decir, emana de un centro de decisión política definido.
9. Es un poder temporal, pues rige la conducta humana en sociedad, dejando libre y protegiendo la expresión religiosa.
10. Es un poder civil, en la medida que emana del conjunto del cuerpo político de la sociedad, estando las Fuerzas Armadas subordinadas al poder civil y cumpliendo su tarea específica, que es la defensa nacional
11. Es un poder delimitado territorialmente, esto es, rige sobre un determinado territorio.

El poder, que es la capacidad para mandar (*potestas*), por tener la fuerza para ello, pasa a convertirse en autoridad (*auctoritas*), cuando se le reconoce la calidad para mandar y es obedecido voluntariamente, en la medida que esté legitimado por los componentes de la sociedad.

De lo anterior, es que Sartori considere la democracia como una autoridad autoritativa, pues parte del consentimiento de los gobernados y del reconocimiento de tomar decisiones obligatorias de los gobernantes, y al autoritarismo y al totalitarismo como un poder autoritario, pues se impone por el temor a la fuerza de que dispone el gobernante.

Tipos de legitimidad y autoridad (Weber)

La autoridad, el poder legítimo, puede ser de tres tipos:

* **Autoridad tradicional:** descansa en la creencia de la conveniencia de mantener las tradiciones para ejercer el poder.

* **Autoridad carismática:** se basa en la creencia acerca de la santidad, heroísmo o ejemplaridad de una persona que ocupa un rol de poder legitimado.

* **Autoridad legal-racional:** se basa en un acuerdo pactado entre todos que se constituye en la Carta Fundamental. La autoridad requiere de un ejercicio continuo y estar sujeto a la ley, no siendo necesariamente democrática.

La justificación teórica de la obediencia al poder estatal

La justificación teórica de la obediencia al poder estatal responde a una causa eficiente, en un por qué. O a una causa final, en vista de un objetivo.

Para Bertrand de Jouvenil, la justificación del poder, en base a su causa eficiente, ha hecho nacer las teorías de la soberanía, y la justificación de la obediencia en vista de una causa final, ha hecho desarrollar la teoría de la función estatal.

La causa eficiente de la obediencia reside en un derecho ejercido por el poder, que le viene de una majestad que el poder, encarna o representa. El poder detenta este derecho bajo la condición de ser legítimo, en razón de su origen.

La causa final consiste en un objetivo o fin perseguido o que busca concretar el poder, el cual es el bien común. De acuerdo a esta concepción, los ciudadanos deberían obedecer el poder en la medida que éste busque y procure realizar el bien común.

Concepto de soberanía y sus diferentes enfoques

Vitoria: establece un orden mundial como sociedad natural de Estados soberanos; la formulación de una serie de derechos naturales de los pueblos y de los Estados; la reformulación de la doctrina cristiana de la guerra justa (*ius ad bellum*), definida como sanción jurídica frente a las injurias recibidas.

El orden mundial, la *communitas orbis*, como sociedad de Estados soberanos, libres e independientes, están sometidos en el exterior a un mismo derecho de gentes (*ius gentium*) y en el interior a las leyes constitucionales que ellos mismos se han dado; las relaciones internacionales se regirán por los pactos, y los principios del *ius cogens* (idea del *tutus orbis*: la humanidad en su conjunto como persona moral que representa a todo el género humano).

Bodin; autor de la teoría de la soberanía y creador del vocablo soberanía; la define como el Poder Absoluto y Perpetuo de la República; el poder absoluto e ilimitado temporalmente que tiene una persona, para que disponga de los bienes de las personas y de todo el Estado a su placer. Sólo Dios es límite al monarca, y éste es responsable únicamente frente a Aquél.

En síntesis: un poder ilimitado y absoluto en el nivel temporal el cual está por encima del pueblo o cuerpo político, únicamente limitado por Dios, la ley Divina y la ley Natural y sólo responsable ante Dios.

Abate Sieyès (Soberanía nacional); la Nación es una persona moral distinta de los individuos que la componen y está dotada de voluntad propia. Los representantes se expresan a su nombre, en los órganos habilitados por la Constitución para ese efecto, es por ello que éste concepto de soberanía se relaciona con el de Representación. Pero en este sistema el órgano que toma la decisión no se preocupa necesariamente de la voluntad del pueblo, ya que éste no ha podido elegir. Los detentadores de poder representan a la nación como un conjunto, no a los electores. Luego, no hay voluntad de la nación, sino que sólo voluntad de los representantes, la que se considera como voluntad de la nación.

Siguiendo esa línea, entonces, la concepción de la Soberanía Nacional desemboca en regímenes absolutistas o totalitarios, ya que los detentadores del poder podrán actuar de forma despótica, pues gozan de independencia en relación al Cuerpo Político de la Sociedad. No se permite en esta concepción la posibilidad de mecanismos como el plebiscito o referéndum.

Rousseau (Soberanía popular); cada miembro del Estado es detentador de una parcela de soberanía, por lo que la soberanía pertenece a cada uno de los ciudadanos en proporción a su número. Esta concepción se basa en la teoría contractualista, ya que sostiene que cada individuo acepta someterse a la voluntad general, pero en contrapartida recibe las ventajas de la vida social y el derecho de participar en la elaboración de la voluntad general. Así la autoridad deberá residir necesariamente en el cuerpo social, que tiene por órgano a la Voluntad General, a la que asimila con la Ley. El Cuerpo Político tendrá un poder absoluto sobre todos sus miembros, lo que en definitiva es la Soberanía, la que no podría limitarse.

Para Rousseau, la soberanía es un poder absoluto separado y trascendente de las personas que componen el pueblo, por lo que se puede llegar a una concepción abstracta de pueblo, y a una concepción de Voluntad General realizada por el Estado, el que dispondría de un poder supremo, que no se podría limitar ni por la ley moral ni por los Derechos Humanos.

Gerber (Doctrina de la soberanía del Estado); el titular originario y único de la soberanía es el Estado tomado como tal. El Estado como tal es uno e indivisible, es en sí y para sí, siendo el titular primario de la soberanía. El Estado es un sujeto de derecho y su derecho es la potencia pública.

Los gobernantes son los órganos del Estado, pero ya no son los representantes de la nación.

Para Jellinek, seguidor de esta teoría, el Estado es una corporación territorial investido de una potencia de mando originaria, constituyendo una potencia irresistible.

La soberanía consiste en la capacidad exclusiva que tiene el poder del Estado de darse, en virtud de una voluntad soberana, un contenido que la obligue, y en la de determinar en todas las direcciones su propio orden jurídico: que el poder soberano no tiene límites, significa que ningún otro poder puede impedir jurídicamente el modificar su propio orden jurídico.

Jean Dabin (soberanía del Estado); la soberanía se constituye en un poder superior y absoluto respecto de todos los otros poderes: todo órgano calificado para hablar en nombre del Estado, es soberano en relación a los órganos de otros agrupamientos, privados o públicos, englobados en el Estado.

La soberanía del Estado es el derecho del Estado de imponer a los individuos y a los grupos que viven en su seno una norma a la cual ellos deberán plegarse, sin posibilidad de apelar a ninguna otra autoridad superior fuera de él y de sus órganos; la soberanía es poder de ordenar y el Estado sólo ordena de manera soberana al interior de sus fronteras, siendo la manera de ser institucional del Estado, no de la Nación, individuo o grupo particular.

Herman Heller; la soberanía es aquella propiedad que implica absoluta independencia de una unidad de voluntad con respecto a otra unidad de decisión de carácter general y efectivo; aquella unidad de voluntad es la más alta unidad decisoria universal en aquel orden concreto de *Imperium*. Soberanía es la calidad de una unidad territorial de decisión y acción, en virtud de la cual y en defensa del mismo orden jurídico, se afirma, de, manera absoluta, en los casos de necesidad, aún en contra del derecho.

Maritain; rechaza la concepción de soberanía, prefiriendo utilizar el concepto de plena autonomía del cuerpo político. La plena autonomía del cuerpo político implica un derecho natural e inalienable a la independencia suprema y al poder supremo, pero a diferencia del principio de soberanía, el cuerpo político no se gobierna separado de él mismo y por sobre él mismo.

Teorías que rechazan la autoridad del Estado

a) Teorías anarquistas

La mayoría de los autores que adhieren a esta doctrina, señalan su convicción de que los hombres son buenos por naturaleza, siendo la autoridad del Estado inútil y de carácter positivo; la libre y espontánea colaboración de los miembros de la sociedad puede permitir la satisfacción de sus necesidades, debiendo suprimirse la autoridad del Estado. Expositores: Pierre-Joseph Proudhon, Miguel Bacón y el príncipe Kropothike.

Proudhon: la organización de la sociedad se funda en un contrato, que sólo tiene por objeto obligaciones recíprocas precisas entre los contratantes, el cual excluye la existencia de un gobierno, donde los individuos se obligan y se garantizan recíprocamente ciertos deberes, derechos, productos, servicios, etc. (contrato de

mutualidad).

b) Teoría marxista

Según esta doctrina, el Estado tiene por origen la división de la sociedad en clases.

Siendo el Estado un producto de los antagonismos de clases irreconciliables, éste no puede ser un órgano de opresión en provecho de la clase dominante. El proletariado, la clase oprimida en la etapa capitalista, deberá conquistar el poder del Estado por la violencia. Una vez logrado ello, en una primera fase, deberá lograrse la apropiación colectiva de los medios de producción, quebrar la resistencia de los antiguos opresores burgueses, y transformar la sociedad, para lo cual deberá hacer uso de la autoridad del Estado actuando como clase dominante y ejercer la dictadura contra la burguesía hasta eliminarla. Sólo en una fase superior del comunismo, que sólo podrá instaurarse con la desaparición de todas las clases sociales ya no será necesario el poder de represión del Estado, el que se extinguirá de manera espontánea y progresiva.

Expositores: Carl Marx, Friedrich Engels y Vladimir Ilich Lenin.

Cap.: VI: Fin del Estado

1. Las doctrinas del fin único del Estado

a) Doctrina del bien común

Esta es una doctrina clásica, consagrada en la mayoría de los textos jurídicos, a la cual adhieren los filósofos cristianos antiguos y modernos (Santo Tomás de Aquino, Jacques Maritain, Jean Ladrière y Johannes Messner, así como las encíclicas *Mater et Magistra*, *Pacem in Terris*, *Populorum Progressio* y la Exhortación Apostólica del Papa Pablo VI al Cardenal Mauricio Roy).

Maritain define al bien común como la conveniente vida humana de la multitud, de personas, su comunidad en el buen vivir, es pues, común al todo y a las partes, sobre las cuales se difunde y que con él deben beneficiarse.

Una definición más acabada es la del Papa Juan XXIII); para el Santo Padre, el bien común es el conjunto de condiciones materiales y espirituales destinadas a satisfacer las necesidades humanas y que permiten desarrollar todas las capacidades que tienen los hombres.

Es el fin último de la sociedad política, el que sólo puede desarrollarse y realizarse sobre la base del cumplimiento de los fines y de su ordenación a la persona humana, en el reconocimiento de su dignidad y el reconocimiento, garantía y promoción de sus derechos fundamentales.

El bien común sólo es posible de realizar si se funda en la justicia y el amor, en la libertad y en la verdad, y busca desarrollar al máximo la humanización de la sociedad y la personalización del hombre en la paz.

Los criterios de discernimiento esenciales permanentes del bien común son fundamentalmente los siguientes:

1. El bien común no es una realidad en sí, no tiene consistencia propia, sino sólo en relación con el hombre: tiene en cuenta las necesidades y exigencias propias de la naturaleza humana.
2. El bien común es un bien que, se extiende a todo el hombre y a todos los hombres, en el conjunto de sus necesidades materiales y espirituales.
3. El bien común es un bien que consiste en la creación de un ambiente social adecuado.

4. El bien común debe consistir en un ambiente adecuado que facilite al hombre alcanzar el logro de su destino trascendente, garantizando el desarrollo de las cualidades espirituales y religiosas de las personas.

5. El bien común es un bien en el cual participan todos los que componen la sociedad.

El bien común es la finalidad del Estado de Chile. Plantea que el Estado debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible.

2. Doctrinas que asignan al Estado un fin distinto del bien común

a) Doctrina de la divinidad del Estado (Hegel); se debe honrar al Estado como elemento divino sobre la tierra; es divino en sí y por sí. El Estado es la substancia y fin último de los individuos.

b) El fascismo (Mussolini); el Estado tiene un fin en sí mismo, superior a la de los individuos. En su Carta del Trabajo señalará: Todo en el Estado, nada fuera del Estado, nada contra el Estado.

El Estado es lo absoluto ante lo cual los individuos, asilados o asociados, no son más que relativos.

c) El nacionalsocialismo (Hitler); la raza superior es la raza aria nórdica, que se encarna en el pueblo alemán, el cual debe conquistar el espacio vital para su pleno desarrollo. El Estado es un simple aparato jurídico (Mein Kampf). La realidad social fundamental no es el Estado sino el pueblo (*Volk*) o la comunidad popular (*Volksgemeinsschaft*), la que está delimitada sobre la base del criterio racial: Tú no eres nada, tu pueblo lo es todo.

d) El marxismo; en relación al fin del Estado, hay que distinguir diversos períodos:

1. Antes de la toma del poder por el proletariado; el proletariado, la clase oprimida en la etapa capitalista, deberá conquistar el poder del Estado por la violencia.

2. Luego de la toma del poder por el proletariado, deberá lograrse la apropiación colectiva de los medios de producción, quebrar la resistencia de los antiguos opresores burgueses, y transformar la sociedad, para lo cual deberá hacer uso de la autoridad del Estado actuando como clase dominante y ejercer la dictadura contra la burguesía hasta eliminarla

3. La fase de la sociedad comunista y la extinción del Estado (espontánea y progresivamente): sólo podrá instaurarse con la desaparición de las clases sociales, donde ya no será necesario el poder de represión estatal.

3. La doctrina del fin estrictamente jurídico del Estado

El Estado es un fenómeno de convivencia bajo leyes jurídicas, las que deben garantizar una coexistencia de las libertades en forma ordenada y armónica. De este modo, la tarea del Estado es una tarea de seguridad de esas libertades.

Expositores: Cicerón, Locke, el iusnaturalismo racionalista y Kant.

4. Las doctrinas del fin múltiple del Estado

Estas numerosas teorías consideran que el Estado tiene más de un fin.

a) La doctrina de Adam Smith: el Estado tiene por misión:

1. Defender la sociedad contra actos de violencia o invasión por parte de otras sociedades.
2. Proteger a los individuos en la sociedad contra las injusticias de los demás.
3. Crear y sostener obras públicas e instituciones.

b) La doctrina de John Locke: para este autor, el Estado protege fundamentalmente las libertades y el derecho de propiedad privada.

c) La doctrina de Burgess: el fin último del Estado es la búsqueda de la perfección humana y la civilización del mundo; un fin segundo es la perfección de la nacionalidad, y fines próximos son las ideas de gobierno y libertad y la protección contra el desorden externo e interno.

d) La doctrina de Santamaría de Paredes: el fin permanente del Estado es la realización del derecho, y los fines históricos son los que le incumben a la sociedad.

e) La doctrina de Pérez Serrano: el fin exclusivo del Estado es su propia seguridad y defensa; los fines de cultura son producto de la intervención en la vida social.

f) La doctrina de Jellinek: este autor distingue un fin último del Estado y fines particulares.

* Fin último: cooperar a la evolución progresiva de sus miembros actuales y futuros, como colaborar a la evolución de la especie (hacer más y más viva la conciencia de la solidaridad en los pueblos, y hacer que esta realidad supere al Estado y colabore en la evolución de la especie).

* Fines particulares: afirmación de su propia existencia, de la seguridad y el desenvolvimiento de su poder, establecer el derecho y ampararlo y favorecer a la cultura.

Los fines particulares se dividen en fines exclusivos (las funciones que se desarrollan tendientes a realizar dichos fines) y fines concurrentes (las funciones que se realizan para cumplir dichos fines son compartidas entre el Estado y otras instituciones).

5. Las doctrinas de la inexistencia de finalidad del Estado

a) Kelsen: el Estado no es más que un orden coactivo eficaz; ni el Estado ni el derecho tienen valores o fines que realizar, ya que ello llevaría a una justificación absoluta de ellos. Los contenidos de las normas de ordenamiento jurídico positivo están exclusivamente determinadas por actos de voluntad de seres humanos.

El Estado no es más que un sistema de reglas, es el conjunto de reglas jurídicas aplicables a un grupo humano determinado sobre un territorio dado.

El Estado y el derecho son una misma realidad. El poder del Estado es la validez del orden jurídico y la coerción no es más que la eficacia de dicho orden jurídico.

Cap. VII: El Concepto de Estado en la Teoría del Estado

1. Concepto sociológico o político del Estado; orden jurídico administrativo al cual se orienta el obrar realizado en función del grupo por el cuerpo administrativo y cuyo valor se reclama no sólo para los miembros de la comunidad, sino para todo obrar que se realice en el territorio dominado. El Estado es fundamentalmente una forma de poder político, es el poder político institucionalizado.

En síntesis:

- a) Existencia de un poder monopolizado territorialmente que se ejerce sobre el grupo social.
- b) Existencia de un orden jurídico administrativo organizado como sistema que descansa en ciertas normas fundamentales.
- c) Existencia de un cuerpo administrativo, consagrado al cumplimiento del orden jurídico administrativo.

Burdeau: el Estado es una forma de poder político, es el poder político institucionalizado.

Heller: el Estado es una estructura de dominio duradera, renovada a través de un obrar común, actualizado representativamente, que ordena en última instancia los actos sociales dentro de un determinado territorio. El Estado está por sobre el resto de las demás unidades de poder que existen en el territorio.

Marx y Engels: el Estado es una fuerza, poder o violencia organizada, al servicio del interés de una clase social, que impone a través del derecho y la coerción un ordenamiento de las actividades humanas al servicio de dichos intereses. Así, el Estado surge de la división de la sociedad en clases, constituyendo un fenómeno meramente transitorio, pues desaparecerá una vez superado el conflicto de clases y la existencia de éstas.

Max Weber: el Estado es el orden jurídico administrativo al cual se orienta el obrar realizado en función del grupo por el cuerpo administrativo y cuyo valor se reclama no sólo para los miembros de la comunidad, sino para todo obrar que se realice en el territorio dominado. Así, de este concepto, se desprenden tres elementos: existencia de un poder monopolizado territorialmente que se ejerce sobre el grupo social; existencia de orden jurídico-administrativo organizado como sistema que descansa en ciertas normas fundamentales; y la existencia de un cuerpo administrativo, una burocracia, consagrada al cumplimiento del orden jurídico administrativo.

2. Concepto jurídico de Estado; corporación formada por un pueblo, dotado de un poder de mando originario y asentada en un determinado territorio, el cual tiene una finalidad y un organismo jurídico que se encarga de regular la conducta de los miembros de la sociedad política.

Esta concepción concibe al Estado como un sistema de derecho que posee una cierta calidad especial, es decir, pone énfasis en el aspecto jurídico del Estado.

La corporación es la síntesis jurídica que expresa las relaciones jurídicas de la unidad de asociación y considera la corporación como sujeto de derecho.

Jellinek: el Estado es una corporación formada por un pueblo, dotado de un poder de mando originario y asentada en un determinado territorio.

Kelsen: el Estado es un orden social, esto es, un conjunto de normas que regulan la conducta mutua de los individuos, que se caracteriza por un orden coercitivo, un orden relativamente centralizado, y por instituir órganos especiales para la creación y aplicación de sus normas.

Nos parece una concepción errada, ya que Kelsen busca hacer una definición en que se descarten los factores sociológicos y valorativos.

3. Concepto deontológico de Estado; grupo humano que posee un orden de tipo jurídico, político y económico con poder autónomo centralizado, ubicado en un territorio permanente, realizado por autoridades y órganos estatales con un determinado fin.

Esta concepción enfatiza la determinación estatal en fines, normas o valores que debe realizar el Estado.

Hauriou: el Estado es una agrupación humana fijada en un territorio determinado y en la que existe un orden social, político y jurídico, orientado hacia el bien común, establecido y mantenido por una autoridad dotada de poderes de coerción.

Sánchez Agesta: el Estado es una comunidad organizada en un territorio servido por un cuerpo de funcionarios y definido y garantizado por un poder jurídico, autónomo y centralizado que tiende a realizar el bien común, en el ámbito de esa comunidad.

Cap. VIII: Justificación del Estado

La justificación del Estado responde a la pregunta: ¿por qué debe existir el poder?.

1. Doctrinas teocráticas

En Dios está la explicación última del poder. Existen varias doctrinas para explicar esta cuestión, desde diversos puntos de vista.

a) Doctrina del Derecho Divino Sobrenatural: Dios es el creador del Poder Político, es obra divina; Él designa en la tierra a las personas que detentan el poder en su nombre.

Esta teoría fue utilizada para justificar el poder absoluto que sustentaban las monarquías de los siglos XVII y XVIII, en Europa, pues los reyes respondían de sus actuaciones sólo frente a Dios.

b) Doctrina del Derecho Providencial: Dios confiere el poder no a través de una declaración de su voluntad, sino mediante la dirección providencial de los acontecimientos humanos.

El poder tiene como única fuente a Dios, pero los hombres que lo ejercen en la tierra han sido investidos por acontecimientos derivados de la voluntad del pueblo, y estos de Dios, inspirados por la fuerza de la divinidad.

c) Doctrina de la sociabilidad de la naturaleza humana: Dios ha depositado el poder político en la comunidad humana (derecho de autogobernarse). El gobierno debe contar del consentimiento del pueblo, gobernar justamente para el bien común.

Para Suárez, la autoridad proviene de Dios, la cual se transmite a la autoridad querida por Él, desde que creó a los hombres de naturaleza social. Es la sociedad la que debe establecer el régimen de gobierno y confiar la potestad política a las personas determinadas. Sólo el consentimiento de la comunidad puede constituir título legítimo de autoridad. El consentimiento no supone una voluntad contractual creadora, ella viene de la propia naturaleza del hombre (el poder se encuentra como un hecho natural... ha sido creado con la misma naturaleza humana); el poder está dirigido y ordenado por el derecho natural que lo justifica. El fin que justifica el poder es el bien común.

Existe el derecho de insurrección contra el poder tiránico, pues está fuera del uso legítimo del poder. Las condiciones para que se dé una insurrección legítima son:

- * Encontrarse ante un poder verdaderamente tiránico.
- * Haber agotado todos los medios pacíficos capaces de modificar eficazmente la situación.
- * Ley de la proporcionalidad: seguridad moral que los daños de la insurrección no serán mayores de los que ya existen.
- * Ley de la eficacia: probabilidad razonable de éxito (no sólo de derrotar al adversario, sino también la

posibilidad cierta de instaurar un nuevo orden).

* La insurrección no justifica cualquiera de los medios de lucha (nunca se justifica el terrorismo y la tortura).

Esta doctrina tiene diversas fuentes: San Pablo (Romanos 1,7), Santo Tomás de Aquino (*Summa Theológica*), Vitoria (*De Potestate Civile*), Soto (*De Justitia*), Molina (*De Justitia*), Suárez (*Defensio Fidei*), entre otros.

Para el Cristianismo, existe una diferenciación entre el poder y la autoridad, entre la fuerza y el derecho para gobernar. La autoridad constituye el poder legítimo (consenso de quienes y sobre quienes se ejerce). La autoridad emana de los miembros de la comunidad. Las decisiones las toman las mayorías, respetando las minorías.

Las críticas a esta doctrina apuntan a que es imposible comprobar científicamente la existencia de Dios (así también su inexistencia).

2. Doctrina naturalista o de la fuerza

Doctrina de carácter antiteológica, pues rechaza la divinidad para justificar la existencia del poder, acudiendo en su reemplazo a la naturaleza. En la naturaleza puede encontrarse un principio de desigualdad, en que los fuertes se imponen sobre los débiles, surgiendo así una ley de la naturaleza, a la cual los hombres deben someterse. El Estado es la expresión de este fenómeno natural de dominación. Sólo es la consecuencia de las relaciones de poder.

Para Pérez Serrano esta doctrina desconoce la existencia de factores espirituales, olvidando que es la convicción psicológica la que preferentemente permite la obediencia.

Expositores de esta doctrina son: Calicles, Spinoza, Haller, Lasalle y los pensadores materialistas.

3. Doctrinas jurídicas

Estas doctrinas establecen la existencia previa de un orden jurídico anterior al Estado, que es superior a éste, y del cual el Estado deriva.

a) Doctrina patriarcal (Robert Filmer): el Estado procede históricamente de la familia y es una ampliación de ella. El proceso de formación del Estado surgió como una unificación o federación de varias familias.

b) Doctrina patrimonial (Cicerón): esta concepción se funda en que la propiedad precede temporal y lógicamente al orden del Estado. Esta teoría liga la tierra con el poder y a éste con el Estado (*dominium* e *imperium*). El Estado se forma para proteger a la propiedad.

c) Doctrinas pactistas: el contrato es el fundamento jurídico del Estado. Protágoras dice que el origen de los Estados fue una unión de hombres libres. Mediante una inteligencia voluntaria se han agrupado los hombres para protegerse contra la injusticia.

Esta doctrina tiene diversos matices.

c.1) Doctrina de Thomas Hobbes: parte del principio de un estado de naturaleza anterior a la sociedad política, en la cual el hombre natural vive en total anarquía. *Homo Homini Lupus*. Pero como ser racional que es, buscó un medio para poner fin a esta situación: el pacto social. Sus miembros deben someterse en forma incondicional y absoluta a un gobernante, renunciando a favor de éste a todo derecho o libertad que pudiese perturbar la paz social.

c.2) Doctrina de John Locke: Locke afirma que en el estado de naturaleza el hombre vive en paz y armonía con sus congéneres; la recta razón orienta sus acciones, existiendo una situación de prosperidad y felicidad. Los individuos tienen derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y también a castigar. El paso al estado de sociedad se justifica para obtener la seguridad mutua, para su conservación, estando al abrigo de quienes pudieren hacerle daño o perjudicarlo. Se trata de vivir mejor.

El pacto social dio origen al poder político basado en el consentimiento de hombres libres y capaces. Pacto limitado.

c.3) Doctrina de Juan Jacobo Rousseau: la familia es la única sociedad natural que existe. En el estado de naturaleza el hombre es libre, y si forma la sociedad política lo hace por su voluntad, no por su naturaleza. La sociedad política es creada por el contrato social y por el consentimiento de los hombres. Cada uno se obedece a sí mismo, bajo la suprema dirección de la voluntad general. El hombre pasó a esta etapa para saltar los obstáculos que atentaban contra su conservación.

Las críticas a las doctrinas pactistas (León Duguit):

Es un error considerar que los hombres tendrían la libertad de no formar sociedades políticas y que éstas no son exigidas por la naturaleza misma de los hombres, una vez que ellos han llegado a un cierto grado de desarrollo.

Un pacto o contrato implica la existencia de una sociedad con lenguaje, una maduración política y social, que no puede conciliarse con el estado de cultura y civilización del hombre primitivo en estado de naturaleza.

El pacto debería ser ratificado por las siguientes generaciones.

Suponen un estado de naturaleza con hombres que tienen ideas, sentimientos y modos jurídicos de actuar que sólo son concebibles una vez que se ha desarrollado la sociedad política.

4. Doctrina de la fundación y de la institución (Maurice Hauriou)

El Estado tiene los caracteres de un organismo social estructurado. El Estado se estructura como una agrupación de personas, dirigidas por un gobierno central con el objeto de desarrollar un fin determinado. Surge de la fundación y adhesión del grupo de individuos. Es un conjunto de voluntades con un mismo contenido y buscando desarrollar un mismo fin.

Unos individuos conciben la idea de una empresa y los medios que se utilizarán para realizarla. Fundan un organismo por los procedimientos jurídicos que el ordenamiento jurídico vigente pone a su disposición. Reclutan adherentes para que les ayuden en la realización de su empresa. El grupo funciona entonces con este complejo; idea rectora, poder organizarlo, grupo de individuos interesados en la realización de la idea. Este conjunto constituye lo que se llama institución.

5. Doctrina de la necesidad racional del Estado

El Estado es una realidad natural y social que se justifica por sí misma, en cuanto obra de la naturaleza y en cuanto se adecua a las exigencias del organismo físico y moral del hombre.

Cuenta esta doctrina como expositores a la Escuela Histórica del Derecho y a Hegel.

6. Doctrina que justifica el Estado por el Derecho

El Estado se justifica en la medida que sirve a la aplicación y ejecución de los principios morales del derecho.

Los principios éticos del derecho son los que otorgan la base de justificación del Estado y del derecho positivo. El Estado encuentra su fundamento último en una regla de derecho natural, según la cual su institución es necesaria.

Para Heller, la justificación del Estado es de carácter moral, sobre lo cual es posible distinguir lo jurídico y lo antijurídico. La justificación del Estado se hace posible por la relación de la función estatal con la función jurídica.

El derecho, como valor suprapositivo de distribución y medida, le incumbe la función de ordenar rectamente la vida social: atribuir a todos sus miembros lo que, con referencia a un todo, les corresponde en facultades y obligaciones, establecer entre ellos una justa relación.

Al derecho constituye la forma necesaria de manifestación del Estado moderno, dándole un afianzamiento técnico y ético espiritual.

Cap. IX: El Poder del Estado y el Derecho: La Formulación del Estado de Derecho

El Estado constituye una institución; en la institución el derecho es una fuerza objetiva que frena el poder y lo entrega en su propio orden como uno de sus elementos.

Cuando el orden social está regulado por un orden jurídico que responde a sus necesidades, el poder está sometido al derecho; cuando no, el poder extrae de las fuerzas ideales y reales la energía para dominar el derecho, transformándolo en función de las nuevas necesidades.

El derecho se constituye en un conjunto de preceptos de conducta establecidos en forma de reglas y destinados a hacer reinar el orden y la justicia entre los hombres que viven en sociedad.

El derecho da forma al Estado y limita su actividad.

El Estado da coerción al derecho y ejerce influencia en la formación y aplicación de las normas jurídicas.

El Estado de Derecho tiene como fundamento el reconocimiento, respeto y garantía de derechos humanos.

Teoría de la personalidad jurídica del Estado (Gerber, Laband, Jellinek):

Da al Estado el carácter de sujeto abstracto dotado de actividad jurídica propia susceptible de obligar o de comprometer su responsabilidad (un sujeto jurídico más). Esto explica la perpetuidad del Estado y el carácter de los compromisos contraídos por él, la organización de su patrimonio y la igualdad de los Estados en el plano internacional.

Principios jurídico políticos del Estado de Derecho:

1. Imperio de la ley: autoridad de la ley como expresión de la voluntad popular; rige a gobernantes y gobernados. Limita los actos de las autoridades.

2. División de poderes: tres poderes independientes, iguales entre sí y autónomos (legislativo, ejecutivo y judicial), limitan el poder estatal. El poder del Estado se encuentra distribuido en distintas funciones realizadas por órganos diferentes.

3. Legalidad de la administración: sólo actúa en los casos que la ley ha preestablecido. Es imputable jurídicamente. Además, funciona para el control jurisdiccional de la actividad administrativa, el control financiero de la administración y el control de legalidad de los actos administrativos del Presidente de la

República.

4. Control y responsabilidad de los gobernantes (Loewenstein)

Control horizontal. Se da a nivel de los poderes del Estado.

a) Intra órganos: entre diferentes órganos.

b) Inter órganos: al interior de un órgano.

Control vertical

a) Extra órgano: por la sociedad civil y los ciudadanos a través de la crítica.

Por eso se requiere el derecho a la información y publicidad de los actos gubernamentales.

5. Jerarquía de las normas (Kelsen): rangos entre normas jurídicas y su ámbito de validez. Seguridad jurídica.

6. Supremacía de la Constitución y la jurisdicción constitucional: preponderancia de las normas constitucionales sobre las demás del ordenamiento jurídico. Los tribunales de justicia tienen el derecho de hacerlas efectivas.

El fundamento y fin del Estado de Derecho; el reconocimiento, respeto y garantía de los derechos humanos son la base material y esencial de legitimidad del Estado de Derecho; esto se concretiza en la Constitución Política del Estado. No hay Estado de Derecho en aquellos países en que se sostienen doctrinas transpersonalistas o existen regímenes autocráticos. Los derechos humanos son inalienables, imprescriptibles, inembargables, irrenunciables e intransmisibles. La limitación de estos derechos debe realizarse orientada a la búsqueda del bien común; estas limitaciones deben ser establecidas y reguladas por la Constitución.

Los derechos humanos legitiman y justifican al Estado, en la medida que éste los reconoce, garantiza y promueve.

Los derechos humanos actúan como limitadores del poder como participación política; y como despliegue y perfeccionamiento de la persona en tanto en su dimensión singular y social.

Los precursores del Estado Social de Derecho

a) El socialismo pre marxista: Sismonde de Sismondi, promueve el rol intervencionista del Estado para proteger las mayorías populares sojuzgadas por la minoría capitalista. Por esto, se desarrolla la concepción de una democracia social, destacando el rol del Estado como protector de los más pobres.

b) La Doctrina Social de la Iglesia: la Iglesia establece un concepto del Estado como promotor del bien común y la justicia social, matizado por el principio de subsidiaridad y el rol de los cuerpos intermedios de la sociedad.

c) La socialdemocracia: la revolución rusa de 1.917 llevó al desarrollo de la concepción del socialismo reformista que reconoce al Estado como instrumento adecuado para realizar la reforma social y promotor de un nuevo orden económico y social dentro del sistema democrático.

d) Lorenz Von Stein (1.815 – 1.890). Las relaciones Estado/sociedad son realidades interconectadas, cuyas contradicciones sólo pueden ser superadas a través de la resolución de la cuestión social.

e) Hermann Heller (1.891 – 1.933). El *Sozialer Rechtsstaat* es un Estado volcado a realizar la justicia material de la sociedad y la democracia (como forma de gobierno e idea a concretarse en la sociedad). La democracia social se une indisolublemente a la nueva concepción del Estado de Derecho. La misión del Estado es concretar y garantizar un orden social democrático.

Estado Social y Welfare State: el Estado comienza a intervenir en la sociedad con el objeto de corregir los desajustes económicos y las pronunciadas desigualdades económicas producidos por el capitalismo.

El *Welfare State* no es lo mismo que Estado de Derecho, pues el primero está delimitado por políticas económicas y sociales, mientras que el segundo constituye una concepción más amplia, que considera también los ámbitos político, jurídico e ideológico.

El Rechtsstaat; para Joseph Raz, el Estado de Derecho significa que la gente debe obedecer al derecho y regirse por él. La idea fundamental de Estado de Derecho tiene varios principios importantes:

- * Todas las disposiciones jurídicas deben ser prospectivas, claras y abiertas.
- * Las disposiciones jurídicas deben ser relativamente estables.
- * El establecimiento de disposiciones jurídicas particulares debe ser guiado por disposiciones claras, abiertas, claras y generales.
- * La independencia del poder judicial debe ser garantizada.
- * Los principios de la justicia natural deben ser observados.
- * Los tribunales deben tener poderes de revisión sobre la implementación de otros principios, y de fácil acceso.
- * A los órganos de prevención criminal dotados de discrecionalidad no se les debe permitir pervertir el derecho.

El *Rechtsstaat* es un concepto distinto de *Staatrecht*.

Estado Social y Democrático de Derecho (De La Morena): aquel Estado en el cual todas las relaciones de sus órganos entre sí y frente a los ciudadanos y sociedades intermedias, se ajusten rigurosamente a un ordenamiento jurídico fundado sobre la dignidad de la persona humana y las exigencias éticas de la justicia social, legitimado por su adecuación permanente a la voluntad del pueblo, plasmada en una Constitución, y cuya protección y defensa últimas frente a todos, gobernantes y gobernados, queda confiada, bajo un régimen de igualdad legal, a tribunales libres e independientes.

Los atributos permanentes del Estado Social de Derecho:

1. Plano político: el Estado Social es un Estado Democrático, como forma de gobierno y como realización del valor igualdad en el ámbito societal.

2. Plano social: el Estado Social busca la satisfacción de las necesidades básicas de las personas, distribuyendo servicios y redistribuyendo bienes, buscando elevar la calidad de vida e integrar a todo grupo social.

3. Plano económico: el Estado Social le otorga al Estado un rol de dirección superior del sistema económico en su conjunto, definiendo áreas prioritarias de desarrollo y de apoyo.

4. Plano jurídico: el Estado social es un Estado de Derecho, con toda característica que este compone:

- * Valores de libertad e igualdad, y los valores de la dignidad de la persona humana.
- * Respetar, asegurar, garantizar y promover los derechos humanos en su dimensión tanto de derechos civiles y políticos, como en su dimensión de derechos sociales, económicos y culturales.
- * Libre desarrollo de la persona humana y sus potencialidades. Justicia social.

Estado de Derecho y división de poderes

Esto no es más que la distribución del poder estatal, que es único (Loewenstein), entre órganos que hacen funciones diferenciadas.

1. La reducción de la función legislativa del Parlamento: con el neoconstitucionalismo se consagra la delegación de facultades legislativas, ya sea en forma expresa en textos o en la práctica, dando lugar a los Decretos con Fuerza de Ley. Además, la mayor capacidad del Gobierno para preparar proyectos de ley disminuye el rol legislativo del Parlamento. Adicional a esto, el mayor poder de presión que actualmente ejercen los partidos políticos.

2. La preeminencia y hegemonía del gobierno frente al Parlamento: esto se concreta en las mayores atribuciones legislativas que asume el gobierno; la ampliación del ámbito de acción de la administración del Estado; la desigualdad de apoyo técnico e informativo del Ejecutivo en relación al Parlamento; la personalización del poder en el gobierno, especialmente en su jefe.

3. El aumento del rol del Poder Judicial: la Constitución del Estado Social de Derecho estructura valores y principios que vinculan a los poderes estatales obligando a estos a respetarlos y concretarlos; esta labor de garantía la realiza la judicatura constitucional, que debe velar, asimismo, por el sistema de peso y contrapesos estatales establecidos por la Constitución, salvaguardando el equilibrio establecido por el constituyente.

4. Los nuevos actores políticos. Los partidos políticos y los grupos de interés

4.1 El rol de los partidos políticos: realizan la mediación de la voluntad popular, además mediatizan la representación popular; el pueblo, la ciudadanía, se hace presente en los órganos políticos a través de los partidos políticos. Su acción unifica la acción del gobierno y del Parlamento e incluso, a veces, del Poder Judicial. Hacen que la distribución de poderes del Estado esté fuertemente condicionada o transformada por su acción.

4.2 El rol de los grupos de interés: en el Estado Social de Derecho, los grupos de interés participan consultivamente en las decisiones que afectan sus intereses.

5. La clasificación de los poderes: nos encontramos con un aumento de las instituciones que ejercen poder real, las relaciones entre ellos son cada vez más complejas y existe una diversidad de naturaleza legitimadora de cada una de las instituciones y grupos de poder.

	Estado Liberal de Derecho	Estado Social y Democrático de Derecho
Valores	Libertad.	Libertad más igualdad.
Rol del Estado	Estado gendarme. Estado mínimo.	Estado promotor del bien común.

		Remoción de obstáculos para igualar oportunidades.
Derechos Fundamentales	Aseguramiento de derecho Derechos civiles, individuales y políticos.	Aseguramiento de derechos. Derechos económicos, sociales y culturales.
Derecho de Propiedad	Derecho de propiedad como derecho absoluto.	Derecho de propiedad limitado por función social.
Estructura Económica	Economía de libre mercado.	Economía social de mercado Economía mixta.
Relación Ley y Derecho	Derechos fundamentales valen en el ámbito de la ley.	La ley vale en el ámbito de respeto de los Derechos fundamentales.
Énfasis	Concepción formalista y positivista de los derechos fundamentales.	Concepción substancialista con afirmación democrática.

Cap. X: Las Funciones y los Órganos del Estado

La potestad estatal es una e indivisible, que se ejerce a través de las actividades de los órganos estatales.

El Estado debe desarrollar funciones estatales, ellas son las actividades del Estado que conforman diversas manifestaciones del ejercicio de la potestad estatal. En el ámbito estatal está la función legislativa, ejecutiva y judicial (Montesquieu). En el Estado hay tres partes: asamblea general, el cuerpo de magistrados y el cuerpo judicial. Los órganos deliberativos son el poder legislativo. La magistratura el poder ejecutivo y los tribunales el poder judicial. Esta división de poderes o funciones permite a cada uno de ellos un ámbito de competencias, para buscar equilibrio entre los poderes, para preservar la libertad y evitar el abuso de poder y la tiranía

Las funciones, órganos y los agentes del ejercicio del poder estatal

El Estado tiene una institucionalidad gubernamental: tiene organización jurídica y política dotada de funciones y atribuciones destinada a la dirección suprema de esa sociedad política, la cual recibe la denominación de gobierno en su acepción amplia, este se concreta en funciones y órganos, los cuales actúan en representación de la persona jurídica o corporación que es el Estado, en cuanto sujeto de la comunidad internacional.

Órganos: instituciones establecidas por el ordenamiento jurídico. Es una unidad diferenciada del aparato organizativo de una persona jurídica a la que se atribuye un conjunto de funciones para su resolución o gestión (ejercen determinadas funciones gubernamentales).

En cuanto al número de miembros que lo integran se clasifican en:

Órganos unipersonales: donde la determinación de la voluntad del órgano constituye la voluntad de la persona de su titular.

Órganos colegiados: la formación de la voluntad del órgano está determinada por las reglas de procedimiento y formación de mayorías. Los órganos son los que concretan las diversas funciones.

Funciones: son las distintas actividades que desarrolla el Estado o el Gobierno, en el cumplimiento de sus fines.

Agentes de ejercicio del poder: son quienes integran los órganos del Estado, concretizan con sus actuaciones las competencias y atribuciones que corresponden a éstos, siendo dicha actividad imputada al órgano en cuanto tal.

Para que sus actuaciones sean válidas deben ajustarse a estos tres requisitos:

- * Estar investidos de esa autoridad.
- * Actuar dentro del ámbito de competencia otorgada.
- * Cumplir las formalidades del orden jurídico.

Las funciones políticas y las funciones jurídicas del Estado

Las funciones políticas son la función de gobierno y la de autocontrol; entre las jurídicas se señala la función legislativa, la función de administración y función judicial.

Las funciones políticas se promueven para un mejor desarrollo de la sociedad y para resolver los conflictos o problemas existentes y se forma la voluntad de tomar una decisión sobre la materia.

Funciones Políticas del Estado

A. Función de Gobierno; decisiones discrecionales para el bien común de la sociedad política, a través del cual se desarrolla el proceso de formación de la decisión que considera normalmente información disponible y relevante sobre la materia, recepción de las demandas y puntos de vista de sectores de la sociedad afectados por la materia, la evaluación de los distintos cursos de acción posibles y la adopción de una decisión que buscará concretarse a través del ordenamiento jurídico.

B. Función de Control; constituye la potestad que tienen los órganos del Estado para influir, participar o limitar las decisiones que están formalmente atribuidas a los agentes del ejercicio de la respectiva función estatal, de acuerdo con las normas que conforman dicho Estado de Derecho.

Esta función permite verificar decisiones y actuaciones. Ejemplos:

- * Cuando un órgano estatal para adoptar una decisión debe contar con el acuerdo de otro órgano.
- * Cuando un órgano necesita que otro órgano le apruebe los medios necesarios para concretar sus actividades.
- * Cuando un órgano puede requerir información, debatir y evaluar críticamente la acción de otro órgano.
- * Cuando un órgano tiene la potestad para enmendar los proyectos hechos por otro órgano.
- * La posibilidad de un órgano de hacer efectiva la responsabilidad política de los agentes de ejercicio de otro órgano estatal, haciéndolo cesar en el desarrollo de sus funciones.

Esta función de control puede ejercerse sólo en regímenes democráticos constitucionales.

3. Las Funciones Jurídicas Clásicas; se encuentran regladas en su actuación por el ordenamiento jurídico; la función legislativa es la elaboración y aprobación de los preceptos legales; la función ejecutiva consiste en la tarea de poner en ejecución las leyes; y la función judicial, cuya concepción clásica le atribuye la tarea de resolver los distintos conflictos jurídicos.

A. La Función Legislativa; según el criterio orgánico, la función legislativa es la que realizan los órganos colegisladores. Según el criterio formal, es aquella actividad estatal que se manifiesta de acuerdo al procedimiento, generalmente constitucional, establecido para la elaboración, debate y aprobación de las leyes. Según el criterio material, es la actividad estatal que tiene por objeto la creación de normas jurídicas que se caracterizan por ser normas que, crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas abstractas, generales y permanentes, con total independencia del órgano que la emita.

El órgano legislativo. Parlamento o Congreso Nacional

La existencia primordial de este órgano no implica que otros órganos participen en dicha función, como ocurre con el Ejecutivo.

Orígenes del Parlamento. Hoy día la regla general, con escasas excepciones, es que el Parlamento o Congreso Nacional sea un órgano de una o más ramas, cuya legitimidad y representatividad es de naturaleza democrática.

Concepto de Parlamento o Congreso Nacional. El Parlamento constituye un órgano colegiado político de carácter representativo de la voluntad popular, que como órgano del Estado desarrolla las funciones legislativa y de control o fiscalización de los actos del gobierno y la administración del Estado, de acuerdo con la Constitución y dentro de la modalidad de forma de gobierno democrático en que actúa.

Las funciones de los Parlamentos o Congresos Nacionales

1. Función legislativa: es realizada por medio del Parlamento, como órgano representativo de la voluntad ciudadana, potestad reglamentaria del gobierno y el reconocimiento de su facultad de dictar disposiciones administrativas sobre materias de ley con autorización parlamentaria. El gobierno se ha atribuido una parte importante de la legislación en la fase de la iniciativa, posteriormente, por medio del derecho a veto.

2. Función integradora o representativa: el sistema político democrático permite integrar a todas las fuerzas políticas significativas. En el Parlamento debe asegurarse y garantizarse una participación adecuada de las minorías.

3. Función de control o de fiscalización: fiscalizan la acción de gobierno, manifiestan sus divergencias con el accionar del Ejecutivo, plantean cursos alternativos de accionar. Algunos ejemplos de control o fiscalización parlamentaria son:

- a) Solicitud de informe al gobierno o a órganos de la administración.
- b) La aprobación de los medios financieros para la realización de la actividad del gobierno y su programa a través del análisis y aprobación del Presupuesto Nacional.
- c) El debate sobre la acción del gobierno a través de preguntas, interpelaciones u horas de incidentes.
- d) La creación de comisiones investigadoras.
- e) El acceso a la opinión pública con el fin de influir en el cuerpo político de la sociedad o en la votación de una iniciativa del gobierno.
- f) Ratificar nombramientos de funcionarios públicos.
- g) Autorizar la salida de tropas nacionales o la entrada de tropas extranjeras.

h) Aprobar los tratados internacionales.

4. La función financiera; autorizando la recaudación de ingresos y la realización de gastos, como también analiza y examina la manera en que se ejecuta el presupuesto.

5. La función jurisdiccional: en algunos casos, los Parlamentos controlan y verifican la elección de sus miembros. El Parlamento tiene la facultad de acusar constitucionalmente por la comisión de ciertos delitos o por incurrir en ciertos tipos de abusos.

El número de ramas o Cámaras del Parlamento o Congreso Nacional.

1. El pluricameralismo

Se dio en Yugoslavia, existiendo dos cámaras políticas y tres cámaras de naturaleza socio-económica; dicho sistema fue eliminado por la Constitución Yugoslava de 1.974.

2. El bicameralismo

Estados Federales: donde una Cámara es representativa de la ciudadanía o cuerpo político de la sociedad y la otra representa a los Estados miembros de la federación. Otra causa política del bicameralismo la constituye la conformación de un Estado regional, con descentralización regional política y legislativa, donde la segunda Cámara se transforma en una Cámara territorial (Italia, España).

Estados unitarios: el bicameralismo en esta perspectiva despotencia la fuerza política del Parlamento o Congreso. Comienza en la Cámara baja, para luego llegar a una Cámara alta; el bicameralismo en Estados unitarios apunta a la existencia de una Cámara de reflexión, más pausada y prudente, que mejore técnicamente lo legislado por la Cámara baja con integrantes teóricamente más jóvenes e impulsivos; es el equilibrio que produce la existencia de dos Cámaras ante el riesgo del "despotismo de la mayoría".

El bicameralismo igualitario y el bicameralismo desigual o asimétrico: por otra parte, el bicameralismo puede ser igualitario o simétrico o desigual o asimétrico, pudiendo tenerse como criterio para hacer esta clasificación la función legislativa que corresponde a las Cámaras y cómo ella se distribuye. Existe un bicameralismo claramente desigual o asimétrico cuando una Cámara sólo participa de los proyectos de ley que no tienen incidencia financiera y su mayor poder es el de que en los otros proyectos puede paralizar su aprobación por la Cámara de los comunes por el lapso de un año. El bicameralismo es igualitario cuando en el ámbito de las competencias legislativas y los proyectos de ley deben ser aprobados en el mismo texto por ambas ramas del Congreso.

3. El unicameralismo

Los argumentos de quienes son partidarios del unicameralismo en Estados unitarios los sintetiza Vedel, señalando que si hay dos Cámaras, o serán elegidas de la misma manera, por la misma duración, por los mismos electores y, entonces, no siendo sino la réplica de la otra, el bicameralismo es inútil, o bien se diferencian en uno u otro de aquellas puntos y entonces, necesariamente una será menos democrática que la otra.

El bicameralismo chileno; la Carta de 1.980, conforme con la tradición chilena inaugurada por la Constitución de 1.822, mantiene un sistema bicameral; el Congreso Nacional se compone de dos ramas, la Cámara de Diputados y la Cámara del Senado. Ambas concurren a la formación de las leyes en conformidad a esta Constitución y tienen las demás atribuciones que ella establece. El bicameralismo bajo la Carta de 1.980 es igualitario en materia legislativa, la diferenciación de ambas Cámaras es de carácter secundario, como el número de sus componentes; la base distrital o circunscripción para su elección; edad para ser elegidos; en

materia de funciones se produce cierta diferenciación.

La Cámara de Diputados tiene atribuciones exclusivas para acusar en el juicio político y de fiscalizar los actos del gobierno; el origen de los proyectos de ley sobre contribuciones, sobre presupuesto y sobre reclutamiento.

Esta Cámara tiene 120 miembros, que duran 4 años en sus funciones, y para optar al cargo se debe ser mayor de 21 años.

La Cámara de Senadores tiene como atribuciones exclusivas el juzgar y resolver las acusaciones constitucionales, permitir el ejercicio de la responsabilidad civil de los Ministros de Estado, conocer de ciertas contiendas de competencia, consentir en algunos actos del Presidente de la República, dar su dictamen cuanto éste le consulte, otorgar las rehabilitaciones de ciudadanía, origen exclusivo las leyes sobre amnistía y sobre indultos generales, está integrado por tres categorías de miembros:

a) Miembros elegidos en votación directa por sufragio universal

Dos por cada una de las trece regiones del país, por el sistema electoral que determina la ley orgánica constitucional respectiva. Estos senadores durarán 8 años en sus cargos, tendrán que ser mayores de 40 años y se renovarán alternadamente cada cuatro años, correspondiendo hacerlo en un período a los representantes de las regiones impares y luego a las de las regiones pares y la región metropolitana. Los Senadores de las regiones impares son 18 y los de las regiones pares y metropolitana son 20.

b) Senadores por derecho propio

Los ex-Presidentes de la República que hayan desempeñado el cargo durante seis años en forma continuada, salvo que hubieren sido destituidos por acusación constitucional por el Senado de la República. En virtud de esta última norma, no puede considerarse a tales personas como senadores vitalicios, ya que si incurren en tales causales dejan de ser senadores, de acuerdo con el texto constitucional.

c) Senadores designados por otros órganos del Estado

Algunos autores denominarían a estos Senadores como institucionales, pero la verdad es que es un término equívoco; vale más emplear el término de senadores designados, como lo establece el artículo 45 incisos 4° y 5°; ellos son:

- 1) Dos ex Ministros de la Corte Suprema elegidos por ésta en votaciones sucesivas, que hayan desempeñado el cargo a lo menos por dos años continuos (inciso 3° letra b).
- 2) Un ex-Contralor General de la República que haya desempeñado el cargo por dos años continuos, elegido por la Corte Suprema (inciso 3° letra c).
- 3) Un ex-Comandante en Jefe del Ejército, uno de la Armada, otro de la Fuerza Aérea y un ex-Director General de Carabineros que hayan desempeñado el cargo a lo menos por dos años continuos (art. 3° letra d).
- 4) Un ex-Rector de Universidad estatal o reconocida por el Estado, que haya desempeñado el cargo por un período no inferior a dos años continuos, designado por el Presidente de la República.
- 5) Un ex Ministro de Estado, que haya ejercido el cargo por más de dos años continuos, en períodos presidenciales anteriores a aquél en que se realiza el nombramiento, designado por el Presidente de la República.

Los Senadores designados ejercen en sus cargos durante 8 años. La designación de ellos se efectúa cada ocho años dentro de los quince días siguientes a la elección de senadores correspondiente. No pueden ser designados los destituidos por acusación constitucional.

La organización interna del Parlamento o Congreso Nacional; cada rama del Congreso Nacional tiene una estructura compuesta de los miembros que la componen, una Mesa de la Corporación, las Comisiones y los Comités Parlamentarios u otro nombre dado a la organización de los parlamentarios por afinidad política.

Los Diputados y Senadores, sus inmunidades y privilegios

Son parlamentarios los Diputados o Senadores, que hubieren sido electos o designados, según los casos, de acuerdo a las normas constitucionales y legales, los que se han incorporado a la respectiva Cámara, prestando el juramento o promesa de estilo.

Poseen inmunidades y privilegios, con el objeto de asegurar la independencia del Parlamento, y asegurar a sus miembros una completa libertad de acción. Estas son:

a) La inviolabilidad parlamentaria: es el fruto de una lucha desarrollada entre las asambleas parlamentarias y el poder ejecutivo, y la que ha culminado con una derogación del derecho común en favor de los parlamentarios, poniéndolos bajo protección de persecuciones, sean estas del Ejecutivo o de los particulares. La Constitución establece: Los diputados y senadores sólo son inviolables por las opiniones que manifiestan y los votos que emitan en el desempeño de sus cargos, en sesiones de sala o de comisión.

b) El fuero parlamentario o inmunidad penal: está consagrada en la Constitución chilena, de acuerdo con el cual desde su elección, designación o incorporación a la respectiva Cámara, según el caso, no puede ser procesado o privado de su libertad, salvo el caso de delito flagrante: En caso de ser arrestado algún diputado o senador por delito flagrante, será puesto inmediatamente a disposición del Tribunal de Alzada respectivo con la información sumaria correspondiente. El Tribunal procederá entonces conforme a lo dispuesto en el inciso anterior. Desde el momento que se declare por resolución firme, haber lugar a formación de causa, queda el diputado o senador acusado suspendido de su cargo y sujeto al juez competente.

c) Dieta parlamentaria: es la remuneración recibida por los parlamentarios por el desarrollo de sus respectivas funciones, la cual tiene su equivalente en el derecho comparado. Esta dieta fue establecida por la Constitución de 1925. Dieta equivale a remuneración de un Ministro de Estado incluidas todas las asignaciones que les corresponden. El fundamento de la dieta, como especie de remuneración del parlamentario, se justifica en la igualación de oportunidades de las personas provenientes de los diferentes sectores sociales para ejercer la función parlamentaria.

Organización interna del Parlamento

La Mesa o Directiva de las Cámaras o del Parlamento: ellas se estructuran de diferentes formas de acuerdo con las normas jurídicas de cada país, generalmente en los reglamentos parlamentarios. En el caso chileno, el Senado dispone en su Reglamento que la Mesa de la Corporación está compuesta de un Presidente y de un Vicepresidente, elegidos por los Senadores. A su vez, el Reglamento de la Cámara de Diputados establece que la Mesa de la Corporación estará constituida por un Presidente, un primer Vicepresidente y un segundo Vicepresidente, elegidos por los diputados por mayoría absoluta y en votación secreta.

Las Comisiones: cada una de las Cámaras en cada país establece en su reglamento las comisiones permanentes, que son organismos colegiados compuestos de un número determinado de diputados o senadores o de diputados y senadores en el caso de las comisiones mixtas, cuyo objeto central es el estudio de cada uno de los proyectos de ley y de las materias determinadas en los respectivos reglamentos que son sometidas a su conocimiento, haciendo presente sus informes u opiniones a la sala de la respectiva Cámara, incluso, en

algunos casos, en el derecho comparado, pueden llegar a aprobar determinados proyectos de ley. En el caso chileno establece:

Comisiones Permanentes compuestas en la Cámara de Diputados de 13 miembros cada una, siendo estas comisiones (16) dieciséis; en el Senado dichas comisiones son (18) dieciocho y están compuestas de 5 senadores.

Comisiones unidas: reunión de dos o más comisiones de la respectiva Cámara, a las cuales se les encarga el estudio, de un asunto determinado, cuando así lo acuerde la respectiva corporación.

Comisiones Especiales son aquéllas que establece la respectiva corporación con cierta competencia y por un plazo determinado que se les fija al acordar su generación.

En el derecho comparado se han desarrollado en bicameralismos igualitarios.

Comisiones Mixtas: buscan desbloquear los desacuerdos entre las dos Cámaras.

Los Comités o bancadas parlamentarias: son organismos que constituidos, de conformidad al Reglamento de cada rama del Parlamento, agrupan a un número de Diputados y a través de su jefe facilitar la relación con la mesa o directiva de la respectiva corporación, con el fin de hacer más expedita la tramitación de los asuntos sometidos a su conocimiento.

Los proyectos legales y sus diversos tipos o categorías

En el caso chileno, nos encontramos con uno de los países con mayor variedad de tipos de preceptos legales, los cuales son los siguientes:

a) Leyes Interpretativas de la Constitución: son aquéllas que buscan aclarar el alcance o sentido de una norma constitucional sin que el texto constitucional sea modificado. Para aprobar estas leyes se requiere de los tres quintos de los diputados y senadores en ejercicio.

b) Leyes Orgánicas Constitucionales: son aquellas leyes que versan sobre materias expresamente previstas en el texto de la Constitución, las que requieren ser aprobadas por los cuatro séptimos de los diputados y senadores en ejercicio. Ellas son objeto de un control preventivo de constitucionalidad y no pueden ser materias de delegación de facultades legislativas.

c) Leyes de Quórum Calificado: son aquellas leyes que versan sobre materias señaladas en la Constitución y que para ser aprobadas, derogadas o modificadas, requieren de la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio.

d) Leyes Ordinarias: son aquéllas que versan sobre las materias determinadas en el artículo 60 de la Constitución y que para ser aprobadas, derogadas o modificadas, requieren de la mayoría asistente a la sesión de los diputados y senadores.

e) Decretos con Fuerza de Ley: normas dictadas por el Presidente de la República sobre materias propias de ley, en virtud de una autorización que le confiere el Congreso Nacional para ello, la que no puede exceder de un año y debe expresar las materias sobre las cuales versa la delegación. A pesar de que en cuanto a su forma no son leyes, porque no emanan del Poder Legislativo, sí lo son en cuanto a su contenido. Por ello los Decretos con Fuerza de Ley tienen el mismo rango que una ley ordinaria.

f) Decretos Leyes: normas dictadas por el Presidente de la República sobre materias propias de ley sin autorización alguna del Congreso Nacional. Estas son las normas jurídicas propias de los gobiernos de facto

(de hecho) en que se ha producido un quiebre de la institucionalidad y se ha disuelto el Congreso Nacional.

Período legislativo: cuadrienio que va desde el 11 de marzo al diez de septiembre.

Legislatura: período en que el Congreso Nacional sesiona; hay ordinaria y extraordinaria:

* **Ordinaria:** desde el 21 de mayo al 18 de septiembre.

* **Extraordinaria:** cualquier fecha, fuera del período ordinario, convocado por el Presidente de la República o por el mismo Congreso Nacional.

Principio de disyunción: regula preceptos normativos del mismo rango, emanados del mismo órgano y que se puede distinguir por regular ámbitos de materias distintas.

La función legislativa y el proceso legislativo

La función legislativa se desarrolla a través de un conjunto complejo de actos que van desde la iniciativa legislativa hasta la promulgación de la ley. Se trata de un **proceso legislativo**, ya que el conjunto de estos actos se dirige hacia una meta que es la ley. En este proceso legislativo, hay un aspecto **estático** que comprende cada uno de los actos del proceso en sus principios conceptuales, y un aspecto **dinámico** que son los actos puestos en movimiento. El proceso legislativo tiene por finalidad resolver necesidades sociales o conflictos mediante un debate ordenado y preestablecido por el ordenamiento jurídico. El proceso legislativo es el conjunto de actos (iniciativa, debate, aprobación, sanción) realizados por los órganos colegisladores, con el fin de obtener la promulgación de leyes.

Las fuentes formales del proceso legislativo: son las normas constitucionales que regulan el ejercicio de la función legislativa, las leyes orgánicas constitucionales del Congreso Nacional o parlamentaria y los Reglamentos Parlamentarios. **La ley** constituye el principal objetivo del proceso legislativo.

Concepto de ley: la ley constituye el acto jurídico de mayor trascendencia en la vida regular de una sociedad, por medio de ello, el poder estatal predetermina los modos de conducta que considera convenientes y valiosos, de manera que los miembros de la sociedad sepan, con anticipación y con seguridad, cómo comportarse en la realización de sus fines e intereses.

El doble rol de los preceptos legales: la ley cumple en la sociedad contemporánea un doble rol, una **función conservadora** que garantice los valores sociales predominantes y una **función transformadora de la sociedad**, encauzando los cambios sociales que vé se consideran necesarios.

La iniciativa legislativa

La iniciativa legislativa es el acto que pone en movimiento al proceso legislativo. Sin la existencia de la iniciativa legislativa, los órganos colegisladores no pueden ejercer su función.

*** El comienzo de la tramitación de un proyecto**

La tramitación comienza en lo que se conoce como **Cámaras de origen**.

La Cámara que conoce en segunda instancia el proyecto de ley se denomina **Cámara revisora**.

*** La discusión o debate de la ley y su aprobación**

Esta es la etapa en que se produce el estudio, análisis y deliberación que hacen las Cámaras sobre el proyecto

de ley, el cual pasa por distintas etapas, procediéndose de acuerdo a las normas respectivas de la Constitución y los reglamentos parlamentarios.

*** La sanción**

Aprobado el proyecto por ambas Cámaras, es enviado al Jefe de Estado o gobierno para que éste también lo apruebe o lo rechace, en los tipos de gobierno presidencial y presidencialistas latinoamericanos.

*** La promulgación de la ley**

El acto de promulgación de la ley fija el texto definitivo del precepto legal. Ella es realizada por el gobierno.

*** La publicación de la ley:** la publicación de la ley se realiza dentro de cierto lapso siguiente a la fecha en que quede totalmente tramitada la promulgación de la ley.

La clasificación y determinación de las observaciones o vetos

En los tipos de gobierno presidencial y presidencialista, los Presidentes de la República pueden realizar observaciones o vetos a los proyectos aprobados por el Parlamento o Congreso.

*** Veto suspensivo o absoluto;** el primero sólo suspende el proceso de aprobación de la ley hasta que las ramas del Congreso Nacional se pronuncien sobre las observaciones formuladas por el Presidente de la República o gobierno; el segundo, ocasiona que el proyecto de ley vetado queda eliminado de la agenda legislativa.

*** Veto parcial o total;** al proyecto de ley vetado se le establecen observaciones en algunas disposiciones o normas contempladas en el proyecto, aprobado por ambas ramas del Congreso, o se veta necesariamente la totalidad del proyecto, según el caso.

A su vez, el veto puede ser clasificado en veto supresivo, sustitutivo o aditivo.

*** Veto supresivo:** cuando las observaciones del Presidente de la República tienen por objeto eliminar algunas normas del proyecto aprobado por las dos ramas del Congreso.

*** Veto sustitutivo:** cuando el Jefe de Estado a través de sus observaciones busca alterar el contenido de algunas normas aprobadas por el Congreso incorporando en ellos ideas o criterios diferentes a los aprobados por el Parlamento.

*** Veto aditivo:** cuando el Presidente de la República a través de sus observaciones al proyecto aprobado por el Congreso desea agregarle algunas disposiciones nuevas, no consideradas por el proyecto ya aprobado.

Los Decretos con Fuerza de Ley (D.F.L.): los Decretos con Fuerza de Ley son normas jurídicas que emanan de la potestad legislativa que ha sido delegada por el Congreso Nacional en el Presidente de la República a través de una ley delegatoria o habilitante, que determina las materias, las condiciones y el tiempo en que el Presidente de la República podrá dictar decretos en materias propias de ley.

La habilitación legislativa: la iniciativa de la ley de habilitación o delegación legislativa es del Presidente de la República. Dicha ley habilitante debe ser aprobada por ambas ramas del Congreso Nacional por el procedimiento y quórum ordinario, la mayoría relativa de ambas Cámaras, Cámara de Diputados y Senado, lo que hace que no puedan entrar en la delegación, como hemos señalado anteriormente, las materias de ley orgánica constitucional y las leyes de quórum calificado, junto a otras materias excluidas ya mencionadas (ciudadanía, nacionalidad, elecciones, plebiscitos, derechos y garantías constitucionales, etc.).

B. La Función de Gobierno y Administración

El gobierno desarrolla la función propiamente gubernamental y la función administrativa. La función de gobierno, a través de sus competencias y atribuciones del órgano que la ejerce, implica la toma de decisiones políticas. La función de gobierno es así una función política autónoma por excelencia, desarrollada dentro del marco del Estado constitucional de derecho. La función administrativa es la actividad concreta destinada a la organización y funcionamiento de los servicios del Estado que no implican más que la aplicación de la normativa legislativa de acuerdo con las directivas gubernamentales, sin alterar su régimen jurídico, mediante actos administrativos u operaciones materiales. Dicha función es de rango menor y subordinada en relación a la función de gobierno.

Los órganos del Gobierno y sus agentes de ejercicio

El órgano de gobierno del Estado puede adoptar distintas conformaciones, de acuerdo con las cuales puede clasificarse en ejecutivos monocráticos, dualistas, directoriales y colegiados.

*** El gobierno monocrático o unitario:** es aquél constituido por una sola autoridad o agente de ejercicio del poder, como ocurre con el Presidente de la República que es Jefe del Estado, del Gobierno y de la Administración, tanto en los tipos de gobierno presidencial (Estados Unidos), como en los diferentes matices de presidencialismos latinoamericanos (puros o atenuados, entre otros). También en regímenes donde el ejecutivo es aún un Rey que concentra el poder gubernamental (algunos países árabes, por ejemplo).

*** El gobierno de ejecutivo dualista:** es aquél en que existen dos órganos con autoridades o agentes de ejercicio distintos, ello sucede cuando se encuentra separada la jefatura de Estado, del Gobierno y la Administración. Estos casos existen en los tipos de gobierno parlamentario, ya sean republicanos o monárquicos. También tienen un ejecutivo dualistas el tipo de gobierno semipresidencial, donde igualmente se diferencia un Jefe de Estado elegido por el cuerpo político o ciudadanía directamente, donde el Presidente de la República como Jefe de Estado tiene competencias de arbitraje político y otras atribuciones propias que le permiten jugar un rol significativo, pudiendo en determinadas situaciones disolver el Parlamento o actuar sobre el gobierno o gabinete, ya sea a través de una participación efectiva y significativa en su nombramiento o remoción.

*** El ejecutivo o gobierno convencional o de asamblea:** es aquél construido por un número significativo de miembros situados en una situación de igualdad jerárquica que dirigen colectivamente y efectivamente el gobierno. Es un régimen de confusión de poderes entre asamblea y gobierno.

*** El ejecutivo o gobierno directorial o colegiado:** Es aquél en que hay un gobierno compuesto de varias personas, las cuales se alternan en la Jefatura del Estado.

Contenido de la función de gobierno

La función de gobierno, que incluye las funciones de Jefe de Estado, del Gobierno y de la Administración, se concreta a través de diversas competencias y atribuciones; las principales de ellas son las siguientes:

1. Determinar y dirigir las metas de la acción estatal, ejerciendo un liderazgo político y ejecutando un programa de gobierno, cuya concreción exige una acción coordinada, armónica y coherente de todo el aparato gubernamental y administrativo estatal.
2. Dirigir las relaciones exteriores, determinando la política exterior del Estado, negociando los tratados internacionales y nombrados los agentes diplomáticos y consulares.
3. Participar, por regla general, directa o indirectamente en el desarrollo de la función legislativa, a través de

iniciativas de ley, participación a través de ministros o directamente en el debate parlamentario, formulando observaciones o vetos a los proyectos aprobados por el Parlamento, sancionando y promulgando los preceptos legales.

4. Hacer cumplir el ordenamiento jurídico a través de la dirección de la fuerza pública para el mantenimiento del orden público en el interior y de las fuerzas armadas en la defensa y seguridad del Estado.

5. El suministro de los servicios públicos básicos a la comunidad, su regulación jurídica y el apoyo a los sectores más pobres de la sociedad.

6. El diseño, desarrollo y evaluación de planes y programas de desarrollo económico, social y cultural del país.

7. La administración de los bienes y recursos del Estado, proveyendo la recaudación e inversión de los recursos con el objeto de lograr el bien común de la sociedad.

8. Ejercicio de algunas atribuciones judiciales directas o indirectas, a través de la participación posible en el nombramiento de magistrados del Poder Judicial, ejerciendo la potestad de gracia o indulto de personas condenadas, planteando el mal desempeño de algunos miembros de la judicatura ante los órganos pertinentes.

Los órganos de la administración estatal: el gobierno, en el desarrollo de la función de administración necesita de ciertos organismos que le permitan concretar dicha tarea. Estos organismos se pueden clasificar de acuerdo a diversos criterios; en este texto sólo desarrollaremos brevemente tres de ellos.

a) El criterio de la función que desarrollan

De acuerdo a este criterio, los órganos pueden clasificarse en órganos de la administración activa y órganos de la administración consultiva.

*** Los órganos de la administración activa:** son aquéllos que tienen la competencia de concretar acciones decisorias ejecutivas, a través de reglamentos, decretos e instrucciones. Ejemplos de ellos son el Presidente de la República o el gobierno, los ministerios, los intendentes y gobernadores, los alcaldes, algunos servicios públicos, entre otros.

*** Los órganos de la administración consultiva:** son aquéllos que tienen como tarea la emisión de informes o dictámenes para que los órganos de la administración activa tomen las decisiones con mayor cantidad de antecedentes y pueden valorar mejor las distintas alternativas posibles.

b) El criterio de estructura del organismo

De acuerdo con el criterio de estructura del organismo de la administración, estos pueden clasificarse en organismos unipersonales y organismos colegiados.

*** Órganos u organismos unipersonales:** la voluntad administrativa, el acto administrativo, es imputable a la persona, autoridad o funcionario, que emite el reglamento, decreto o instrucción.

*** Órganos u organismos colegiados:** son aquéllos en que la voluntad administrativa es el resultado de la concertación de voluntades de diversas personas que constituyen el organismo. Ejemplos de ellos son los directorios de instituciones estatales, los Consejos Regionales, los Consejos Municipales, entre otros.

c) El criterio de pertenencia a la persona jurídica Estado o la formación de una persona jurídica

* **Los órganos u organismos centralizados:** son aquéllos que operan con la personalidad jurídica, las competencias y el patrimonio del Estado o Fisco. Ellos son, entre otros, los Ministerios; los servicios públicos como Impuestos Internos, la Tesorería General de la República; las Intendencias.

* **Los órganos descentralizados:** son aquéllos que actúan con personalidad jurídica, competencias y patrimonio propio, establecido por la Constitución o la ley. Estos organismos descentralizados pueden clasificarse en organismos descentralizados territorial o funcionalmente. Ejemplos de organismos descentralizados territorialmente son las municipalidades, los gobiernos regionales, entre otros.

Los organismos descentralizados funcionalmente son aquéllos en que lo se descentraliza es una función o cometido específico del Estado. Constituyen ejemplos de ellos las corporaciones educacionales, la Corporación del Cobre (CODELCO), la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO), entre otras.

C. La Función Judicial

Esta función judicial es desarrollada por los tribunales de justicia, los cuales en un sentido amplio les corresponde ejercer un control jurídico sobre la actuación de los gobernantes de acuerdo a la Constitución y demás normas del ordenamiento jurídico, como asimismo, resolver los conflictos que se producen entre los particulares o entre estos últimos y el Estado.

Los ámbitos de la función judicial

La función de los jueces en la aplicación del derecho se realiza de diferentes formas, entre ellas las principales son las siguientes:

1. Resolviendo conflictos de pretensiones jurídicas sometidas a su decisión o resolviendo conflictos sociales creados por la ocurrencia de hechos ilícitos constitutivos de delitos, faltas o contravenciones mediante el procedimiento de jurisdicción contenciosa.
2. Emitiendo una declaración solicitada por una persona interesada en ello, sin que ello involucre la resolución de un conflicto con otra, o invistiendo de legalidad determinados actos de personas o instituciones (procesos de jurisdicción voluntaria).
3. Realizando la ejecución forzosa o coactiva de determinados hechos (procesos contenciosos de ejecución).

Además, los jueces desarrollan tareas administrativas relativas a la administración de justicia de acuerdo con la Constitución y las leyes respectivas.

Concepto de jurisdicción, finalidad y características

La expresión jurisdicción etimológicamente significa decir el derecho. Este decir el derecho en un sentido amplio incluye la jurisdicción judicial que ejercen los tribunales ordinarios, la jurisdicción ejecutiva y una jurisdicción parlamentaria, sin perjuicio de considerar la jurisdicción militar. Además pueden distinguirse la jurisdicción electoral, desarrollada por órganos extra poder, como asimismo, la jurisdicción que ejercen los Tribunales o Cortes Constitucionales.

Por **jurisdicción** se entiende la función pública de administrar justicia, emanada de la potestad estatal y ejercida por un órgano especial, con la finalidad de la realización o declaración del derecho y la tutela del orden jurídico y los derechos fundamentales, mediante la aplicación del ordenamiento jurídico a los casos concretos, para mantener la seguridad jurídica y la paz social.

La decisión jurisdiccional y la cosa juzgada

El poder jurisdiccional judicial no se limita a decir el derecho, sino que también aplica las decisiones jurisdiccionales adoptadas, fijando derechos y obligaciones a las personas e instituciones a las que se aplica el derecho, dando orden de ejecutar sus resoluciones y sentencias, por ello se señala que sus decisiones son ejecutorias. A su vez, las decisiones definitivas de los tribunales de justicia tienen autoridad de cosa juzgada, lo que significa que no puede volverse a discutir dicha sentencia.

La organización del órgano jurisdiccional judicial

Los tribunales ordinarios de justicia que ejercen jurisdicción judicial deben cubrir todo el ámbito territorial del Estado, debiendo distribuirse adecuadamente desde la perspectiva geográfica con el objeto de servir más eficiente y eficazmente a la población, lo que requiere que su número sea adecuado y proporcionado a la realidad de dicha sociedad y posibilitando el ejercicio efectivo del derecho a la jurisdicción o a la tutela judicial de todos los miembros de la sociedad.

La independencia y la imparcialidad de los tribunales y magistrados

La independencia es una condición indispensable de los tribunales que operan dentro de un Estado de Derecho, reconociéndose la especialidad y autonomía con que deben ejercer la función jurisdiccional sometidos solamente al derecho vigente. La Constitución chilena dice: "Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, o revisar los contenidos de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos". Por último, los jueces, como toda autoridad en un Estado de Derecho, son responsables de los actos que desarrollan en el ejercicio de sus funciones, debiendo responder por eventuales delitos que cometan en el ejercicio de ellas, como las de prevaricación, torcida administración de justicia, denegación de justicia, entre otras.

Competencias

La competencia está constituida por el conjunto de funciones (fines o tareas), las atribuciones (medios o instrumentos para el desarrollo de las funciones), que son entregadas a un órgano determinado por el ordenamiento jurídico.

Es la potestad que ejerce el órgano que ha sido investido regularmente de ella y que cumple con las formalidades establecidas.

Tipos de competencia

- * **Material:** tipo de materias que va a desarrollar el órgano en sus funciones.
- * **Territorial:** ámbito espacial en que el órgano va a desarrollar sus funciones y atribuciones.
- * **Jerárquica:** lugar o grado que se ocupa dentro de la estructura de decisión y su importancia.
- * **Fraccionada:** fraccionamiento de la toma de decisiones y el rol desempeñado en ellos por los organismos internos.
- * **Discrecionales:** cuando existiendo circunstancias de hecho determinadas, la autoridad tiene la facultad de tomar una u otra decisión, pudiendo elegir entre las diversas alternativas posibles.
- * **Regladas:** cuando el ordenamiento jurídico ha definido que frente a ciertas situaciones determinadas la autoridad debe adoptar necesariamente ciertas medidas.

Actos jurídicos públicos

Son actos que persiguen un interés público, que es el bien común.

Son desarrollados por los órganos del Estado investidos de potestad para ejercer sus respectivas funciones y atribuciones.

Clasificación de los actos jurídicos

* **Orgánico o formal;** según el autor del acto (autoridad o funcionario del Estado que tiene la competencia para hacerlo; el procedimiento de concreción del acto; la forma del acto).

* **Material;** según el contenido del mismo acto.

* **Funcional;** según el tipo de jurisdicción a la cual corresponde como competencia el control del acto.

* **Jerárquico;** Merkl. Constitución, ley y acto administrativo.

* **Actos simples:** requieren una sola actuación jurídica para su decisión.

* **Actos complejos:** requieren varias actuaciones para la expedición del acto jurídico, como aquellos que requieren aprobaciones anterior o posterior de otra autoridad u órgano.

* **Actos preparativos:** son los que se desarrollan como parte de un procedimiento encaminado a adoptar una decisión que adoptará otra instancia o que requiere cumplir un requisito posterior al mismo.

* **Actos decisivos:** deciden la ejecución de un acto.

Causales de anulación de los actos jurídicos

Por incompetencia: de su autor, en razón del territorio, del tiempo o de la materia.

Por vicios de forma; todo ordenamiento jurídico establece procedimientos y solemnidades para adoptar determinados actos de derecho público.

Por violación de la ley: cuando un acto de derecho público contradice en forma abierta una norma jurídica superior o un principio general del derecho.

Por falta de motivos o error en los motivos: cuando se ejerce una facultad o atribución otorgada por el ordenamiento jurídico con un fin determinado para obtener un fin distinto del querido por el ordenamiento jurídico.

Cap. XI: Formas Jurídicas de Estado

Son las diversas formas de organización que puede revestir el poder del Estado. La forma de gobierno se refiere a la forma en que es ejercido el poder del Estado por los distintos órganos y las relaciones que se establecen entre ellos.

A. Estado Unitario

El Estado en que el poder conserva una unidad en cuanto a su estructura, no poseyendo más que un solo centro de impulsión político fundamental.

Estado unitario centralizado: se caracteriza por tener un cuerpo único de servicios dependientes y de

agentes ejecutivos subordinados y vinculados imperativamente por órdenes recibidas desde las autoridades centrales. La autoridad central del Estado monopoliza el poder de mando y el ejercicio de las funciones públicas, por estar dotado de una organización piramidal, existiendo una dependencia jerárquica estricta de las órdenes superiores y sin que exista delegación de atribuciones o competencias.

Descentralización y Desconcentración

a) Descentralización. Descentralización es un traslado de competencias de la administración central del Estado a nuevas personas morales o jurídicas de derecho público, dotados de un patrimonio propio. Es un fenómeno extra institucional, que da origen a instituciones jurídicas nuevas y distintas del Estado central, con capacidad jurídica para obligar y obligarse por sí mismas. Principio de autarquía.

b) Desconcentración. Desconcentrar equivale a delegar funciones; es un proceso técnico de efectos limitados en el campo jurídico administrativo; constituye una decisión intra institucional, siendo el órgano superior el responsable de los actos del órgano interior.

Criterios de descentralización

a) Criterio de interioridad

Centralización pura o relativa: cuando, junto al o los órganos centrales de la administración, hay órganos no centrales que participan en ella sometidos jerárquicamente a los primeros.

b) Criterio de unidad de la colectividad estatal

Centralización personal: cuando no existe una división gubernamental de funciones de la colectividad que se base en criterios raciales, religiosos, de castas o clases sociales o de nacionalidades.

Centralización territorial: rechaza toda división basada en criterios territoriales como la existencia de comunas, provincias o regiones.

c) Criterio atendiendo también al objeto que se aplica

Centralización constitucional: cuando existe sólo un centro político del que emana el poder constituyente.

Centralización legislativa: cuando existe un solo centro político estatal del cual emana la legislación nacional.

Centralización administrativa: cuando hay un solo centro de actividad ejecutiva y administrativa del cual depende toda la administración del Estado.

El Estado unitario centralizado es un Estado con concentración constitucional, legislativa y administrativa.

La desconcentración en el Estado unitario

Concepto dinámico: puede sostenerse que la desconcentración consiste en una traslación de competencias resolutorias de los órganos superiores de la administración en órganos inferiores sometidos jerárquicamente a los primeros. **Concepto estático** se pone énfasis en el cuadro de competencias de los órganos.

La desconcentración administrativa puede ser:

a) Territorial: existe cuando la delegación se realiza de una autoridad o instancia superior a otra inferior,

considerando el ámbito territorial.

b) Funcional: se refiere a la especialización o división de atribuciones y de trabajo en determinadas actividades o materias competenciales de tipo ejecutivo resolutorio que se delega en una instancia jerárquica superior a una inferior, sin considerar el ámbito territorial.

La descentralización administrativa

Existe un traslado de competencias de la administración central del Estado a nuevas personas morales o jurídicas de derecho público, las cuales están dotadas de patrimonio propio. El gobierno central sólo ejerce controles de tutela sobre sus actos. Este es un fenómeno extra-institucional, ya que da origen a instituciones jurídicas nuevas del Estado central, con capacidad de obligar y obligarse a sí mismas. Se basa en el principio de la autarquía, siendo su elemento característico el ejercicio de una potestad administrativa igual a la realizada por el Estado para ejecutar leyes estatales y no leyes propias, ya que carece de potestad normativa legislativa propia.

La descentralización administrativa puede ser:

a) Territorial: dice relación tanto con la estructura de la administración como con el conjunto de la población administrativa. Siempre considera aspectos administrativos y aspectos en cierto grado políticos, por cuanto ella genera un tipo de contrapeso al poder central, permitiendo el desarrollo de entes con algún grado de autarquía. Los aspectos políticos están dados por la repartición de las competencias.

b) Funcional: tiende a configurar sectores estatales con personalidad jurídica o moral gestora independiente. El Estado dota de personalidad jurídica a la función, asignándole un órgano gestor y un fondo patrimonial. Esta descentralización está bajo tutela del Estado.

En la descentralización administrativa, el Estado dota de personalidad jurídica al órgano descentralizado, asignándole un patrimonio propio y una gestión independiente, manteniendo sólo un vínculo de tutela.

La jerarquía es el vínculo que une a los servicios centralizados y descentrados, otorga el poder de dar órdenes en todo momento por parte del órgano delegante.

Tutela: es un vínculo que otorga un poder de carácter limitado y concedido por la Constitución o la ley a una autoridad central sobre los agentes descentralizados y sobre sus actos, para proteger el interés general y hacer respetar el ordenamiento jurídico

La tutela administrativa implica un control sobre la oportunidad de la actuación del ente descentralizado.

Criterios	Desconcentración	Descentralización
	Administrativa	Administrativa
Personalidad Jurídica	Actúa con la personalidad jurídica del Estado (Fisco).	Actúa con la personalidad jurídica propia.
	Proceso técnico intra institucional.	Órganos distintos del Estado.
Competencias	Sólo hay traslación de competencias de autoridades superiores a inferiores.	Hay atribución de resolutivas competencias propias por la Constitución o la ley.
Nivel de decisión	Hay dependencia jerárquica respecto a la autoridad superior de la administración.	Hay autoadministración y sólo controles de tutela (autarquía).

Patrimonio	Actúa con el patrimonio del Estado.	Tiene patrimonio propio.
Matiz o nivel de decisión política	No existe.	Existe la descentralización territorial, con autoridades electas por la colectividad local concernida (municipal, gobierno regional).

Región y regionalización

Región: territorio de dimensión media susceptible de ser determinado geográficamente y que es considerado homogéneo. La homogeneidad puede estar dada por poseer características físicas, económicas, históricas, culturales o etnográficas que los identifican y que las hacen diferentes de otras regiones que las rodean.

Regionalización. Es un proceso a través del cual el Estado adopta las medidas necesarias con el fin de que las regiones participen en la gestión de sus negocios. Es un proceso de reordenamiento y/o redistribución espacial que busca la articulación económico-social, geopolítica, con la finalidad de alcanzar el desarrollo auto sostenido de las regiones. Requiere de un sistema de órganos, normas y procedimientos que integren a la población.

Puede ser analizada en una doble vertiente:

1. El proceso de regionalización está constituido por el conjunto de medidas e instrumentos de descentralización y desconcentración del Estado en el ámbito especial de las regiones.
2. Implica la descentralización política territorial, lo que implica la creación de personas jurídicas con poderes de decisión en algunos aspectos de la política del Estado. Ella se realiza de manera plena y en forma permanente, en ámbitos institucionales homogéneos e integrados cultural, social, física y económicamente. Se reconoce a los órganos públicos regionales competencias y funciones normativas legislativas y administrativas, en un ámbito regional y con carácter de permanencia en el tiempo.

La regionalización se orienta a la creación de regiones dotadas de autonomía, con organismos para promover la participación y el desarrollo y cumplir las funciones de efectivo gobierno regional.

Autonomía: consiste en que las normas son creadas por los propios órganos de gobierno regional, independizando la determinación. La administración de la región se hace por representantes elegidos por la propia comunidad regional.

El gobierno central se reserva la regulación legislativa de un conjunto de materias, dejando a cargo del gobierno regional la preceptiva de desarrollo y de ejecución de la misma.

La descentralización política regional dentro del Estado unitario o regional

Distinguiremos entre descentralización política y la administrativa.

La política:

1. Sólo puede tener una base territorial.
2. Implica una distribución del poder público entre la colectividad o Gobierno central y las colectividades o gobiernos regionales; implica atribuciones no sólo de carácter administrativo, sino también de gobierno y legislativas.

3. Las autoridades que desempeñan las funciones normativas y de gobierno regional son generalmente electas con una fuerte participación de la comunidad regional.
4. La autoridad regional dispone de un cierto grado de autonomía. La autonomía es propia de la descentralización política, mientras que la autarquía es propia del Estado unitario.
5. Las normas que emanan del ente descentralizado administrativamente están jerárquicamente por debajo de la ley.

Deslocalización y delegación administrativa

La deslocalización consiste en el traslado físico de una institución de un punto geográfico territorial a otro lugar. Fuera del traslado físico de la institución no genera ninguna consecuencia jurídica en materia de descentralización.

La delegación en el ámbito de la función administrativa sólo puede concretarse en los casos que la Constitución y la ley lo permitan.

Características esenciales del Estado Federal

Se diferencia del Estado unitario por tener diversos centros de impulsión política radicado en los Estados miembros que reciben el nombre de Estados, Provincias, Cantones o Países. Uno de estos Estados sería libre de tomar sus propias decisiones dentro del ámbito de su competencia, están en un plano de equiordenación y ligados entre ellos por un principio de coordinación organizativa y funcional. El Estado Federal está en una posición de supraordenación en relación a los Estados miembros, prueba de ello es la supremacía de la Constitución Federal sobre las Constituciones de los Estados federados, la equiordenación sólo se daría entre estos últimos.

Principios distintivos del Estado Federal son:

Autonomía: en el sentido de tener la facultad de crear un derecho propio dentro del ámbito de su competencia.

Participación: tanto en la generación como en la modificación de la Constitución Federal. Tiene varios lugares o puntos de ejercicio del poder.

El Estado Federal surgiría como evolución de las sociedades políticas, en un momento histórico determinado, a través de un pacto entre entidades políticas menores que buscan formar una comunidad jurídica política superior. El federalismo no sería más que una forma de asociación de varios Estados preexistentes.

La realización concreta del Estado Federal deriva de la voluntad política de los constituyentes, que unas veces son los Estados miembros de una confederación; otras un Estado que concede la soberanía a una ex colonia, o bien varios Estados que deciden aspectos de la Constitución de un Estado derrotado.

El argumento que identificaría al Estado Federal es el otorgar a las colectividades federadas el residuo de competencias a diferencia de la colectividad descentralizada que sólo detentaría las atribuciones que les son formalmente consentidas. Las colectividades federadas detentarían la función constitucional.

Los rasgos característicos del Estado Federal serían tres:

1. La inexistencia de controles de tutela de la colectividad central sobre las colectividades particulares.

2. El establecimiento entre las diversas colectividades políticas del Estado de mecanismos y relaciones de colaboración.

3. La existencia de órganos jurisdiccionales autónomos.

La colectividad central y las colectividades particulares se reparten las responsabilidades de poder. Las colectividades particulares en el Estado Federal no están libres de todo tipo de control, están sujetas a reglas constitucionales. Este control de constitucionalidad puede ser ejercicio por un tribunal especial o jueces ordinarios.

Es rasgo distintivo también del Estado Federal la colaboración orgánica y funcional de sus colectividades políticas.

Orgánicas: se establece a través de la organización de las instituciones públicas que asocian las colectividades particulares a la gestión de intereses que son de su competencia propia.

Funcional: reposa sobre el diálogo y la cooperación entre colectividades políticas distintas, conduciendo la realización de acciones coordinadas y complementarias.

Los rasgos diferenciadores entre el Estado regional y Federal

Características definitorias del Estado unitario descentralizado, la existencia de relaciones de tutela entre el gobierno central o colectividad general y los gobiernos regionales o colectividades particulares, las limitaciones a la colaboración entre gobierno central y las colectividades políticas particulares y la ausencia de órganos jurisdiccionales autónomos a nivel regional.

Se requiere de controles de tutela de la colectividad general a las colectividades particulares; mantener colectividades particulares dentro de límites bastante estrechos. El Estado unitario se caracteriza por tener un único ordenamiento jurídico originario e independiente. Las competencias y funciones de las regiones o de los gobiernos regionales son más amplias que las otras entidades territoriales descentralizadas, no les permite expresar a los gobiernos regionales una voluntad incondicionada o primaria.

Criterios	Estado Unitario con descentralización administrativa	Estado Regional o con descentralización administrativa	Estado Federal
Principio	Autarquía o autonomía administrativa.	Autonomía.	Autonomía.
Competencias	Administrativas (Reglamento y decretos regionales).	Administrativas y legislativas; reglamentos regionales.	Administrativas (leyes) legislativas y constituyentes.
Distribución de competencias	Ejecución de la Constitución Política y las leyes nacionales bajo régimen de autoadministración regional.	Ejecución de la Constitución, repartición de competencias legislativas entre el Estado y las regiones de autoadministración regional.	Autonomía constituyente. Dentro de los marcos de la Constitución Federal, competencias legislativas y autoadministración.
Controles	Controles de tutela y constitucionalidad	Controles de constitucionalidad y débiles o inexistentes	Sólo controles de constitucionalidad. No hay controles de tutela.

		controles de tutela.	
Ámbito de desarrollo	Funcional o territorial.	Territorial.	Territorial.
Participación directa de la ciudadanía regional en determinación de autoridades	A veces el órgano de administración regional es nombrado por el gobierno central, otras veces es elegido por la comunidad concernida.	Siempre, a través de elecciones directas o indirectas.	Siempre, a través de elecciones directas.
Órganos judiciales propios	No. Existe una potestad jurisdiccional nacional. No hay tribunales de justicia propios.	No existen tribunales de justicia propios.	Existe un poder judicial propio, sin perjuicio del poder judicial federal.
Participación en el poder legislativo	No.	Influencia a veces, a través de iniciativa de ley nacional limitada.	Sí, en la Cámara que los representa.

El régimen jurídico constitucional de los gobiernos regionales en Chile y el derecho comparado

La Carta Fundamental se refiere al tema utilizando los vocablos descentralización y desconcentración. La reforma al art. 3 de la Constitución mantiene la forma jurídica unitaria del Estado de Chile; el territorio del Estado se divide en regiones. Su administración será funcional y territorialmente descentralizada o desconcentrada en su caso, en conformidad con la ley. La Constitución asegura así una adecuada desconcentración de la administración del Estado.

El gobierno y la administración regional

La función de gobierno se mantiene en manos del Intendente, el cual es un funcionario de la exclusiva confianza del Presidente; esta función se mantiene centralizada y jerarquizada. El Intendente ejercerá tales funciones de gobierno con arreglo a las leyes y las órdenes o instrucciones del Presidente, de quien es su representante natural e inmediato en el territorio de su jurisdicción.

Atribuciones que corresponden al Intendente

1. Dirigir las tareas de gobierno interior en la región, de conformidad a las orientaciones e instrucciones que imparte el Presidente.
2. Velar porque el territorio de su jurisdicción se respete la tranquilidad, orden público y resguardo de las personas.
3. Requerir el auxilio de la fuerza pública en el territorio de su jurisdicción, en conformidad a la ley.
4. Mantener al Presidente informado sobre el cumplimiento sobre las funciones de gobierno interior en la región, como asimismo sobre el desempeño de los Gobernadores, y demás jefes regionales de los organismos públicos.
5. Dar cuenta en forma reservada al Presidente de las faltas que notare en la conducta ministerial de los jueces y demás empleados del Poder Judicial.
6. Conocer y resolver los recursos administrativos que se entablan en contra de las resoluciones adoptadas por los Gobernadores en materia de su competencia.

7. Aplicar administrativamente las disposiciones de ley de extranjería.
8. Efectuar denuncias o presentar requerimiento a los Tribunales de Justicia, conforme a las disposiciones legales.
9. Representar extrajudicialmente al Estado en la región para la realización de los actos y las celebraciones de los contratos que queden comprendidos en la esfera de su competencia.
10. Ejercer la coordinación, fiscalización o supervigilancia cuando corresponda de los servicios públicos.
11. Proponer al Presidente una terna para la designación de los Secretarios Regionales Ministeriales.
12. Proponer al Presidente la remoción de los SEREMIS.
13. Hacer presente a la autoridad administrativa competente del nivel central, con la debida oportunidad las necesidades de la región.
14. Adoptar las medidas necesarias para la adecuada administración de los complejos fronterizos.
15. Adoptar todas las medidas necesarias para prevenir y enfrentar situaciones de emergencias o catástrofes.
16. Dictar las resoluciones o instrucciones que estimen necesarias para el ejercicio de sus atribuciones.
17. Cumplir las demás funciones que le asignan las leyes y las atribuciones que el Presidente delegue, incluida la de otorgar personalidad jurídica a corporaciones o fundaciones que se propongan desarrollar actividades en la región.

La administración superior de la Región y la experiencia comparada

La administración regional en Chile: los Gobiernos Regionales

Lo que realmente se descentraliza es la función de administración superior de cada región, para cuyos efectos se crea la institución y órgano denominado Gobierno Regional. Es un nuevo ente con personalidad jurídica de derecho público y patrimonio propio de naturaleza constitucional. Tiene como objeto el desarrollo social, cultural y económico de la región, se desarrolla una descentralización administrativa de carácter territorial inédita. La personalidad jurídica se otorga al organismo, no a la región.

En Chile existe un solo tipo de regiones con las mismas funciones y atribuciones. La creación o supresión de toda región sólo puede surgir de una reforma constitucional que modifique el artículo 45 de la Constitución, es materia de ley de quórum calificado, y la iniciativa de ella corresponde exclusivamente al Presidente.

Consideraciones finales sobre la naturaleza y generación de gobiernos regionales

Tiene características de mayor similitud con las experiencias de descentralización territorial administrativa francesa y colombiana, ya que establecen un estatuto común para todas las regiones o departamentos. La Constitución de 1.980, constitucionaliza este sistema estableciendo las funciones del intendente y de los consejos regionales, se dicta la ley orgánica constitucional de consejo de desarrollo regional, luego de la reforma constitucional de 1.991, se establece una nueva ley de gobierno regional.

Los gobiernos regionales no constituyen un órgano constitucional en la medida que ello implicaría una posición de relativa independencia respecto a los poderes del Estado y de participación en la Suprema dirección del Estado del que forma parte, aún cuando encuentren en la Constitución el fundamento de su

estructura.

Competencia del Gobierno Regional en Chile y la experiencia comparativa

Las competencias del Gobierno Regional en Chile

Le corresponde aprobar los planes de desarrollo de la región y el proyecto de presupuesto del gobierno regional ajustados a la política nacional de desarrollo y al presupuesto de la Nación; resolver la inversión de los recursos consultados para la región en el fondo nacional de desarrollo regional, sobre la base de la propuesta que formule el Intendente.

Funciones

1. Elaborar y aprobar las políticas planes y programas de desarrollo de la región, como su proyecto de presupuesto. El ministerio de planificación y cooperación asistirá técnicamente a cada gobierno regional.
2. Resolver la inversión de los recursos que a la región correspondan en la distribución del Fondo Nacional de Desarrollo Regional.
3. Decidir la destinación a proyectos específicos de los recursos de los programas de inversión sectorial de asignación regional que contemple anualmente la Ley de Presupuesto de la Nación.
4. Dictar normas de carácter general para regular las materias de su competencia con sujeción a las disposiciones legales y a los decretos supremos reglamentarios.
5. Asesorar a las municipalidades cuando éstas lo solicitan, especialmente en la formulación de sus planes y programas de desarrollo.
6. Adoptar las medidas necesarias para enfrentar situaciones de emergencias o catástrofes en conformidad a la ley y desarrollar programas de prevención y protección ante situaciones de desastre.
7. Participar en acciones de cooperación internacional en la región.
8. Ejercer las competencias que le sean transferidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 de esta ley.
9. Mantener relación permanente con el gobierno nacional y sus distintos organismos a fin de armonizar el ejercicio de sus respectivas funciones.

El Gobierno Regional puede desarrollar acciones de planificación, acciones de carácter resolutorios, acciones de apoyo técnico, acciones de coordinación o acción de tipo participativo con otros entes públicos o privados.

Los artículos 17, 18 y 19 de ley sobre gobierno y administración regional determinan las funciones específicas, ellas se refieren a materias de ordenamiento territorial, fomento de actividades productivas y en materia de desarrollo social y cultural.

Comentarios sobre las competencias de los gobiernos regionales en Chile y el derecho comparado

Las experiencias comparadas otorgan a los gobiernos regionales un ámbito de atribuciones y decisiones mayores que las que le otorgan nuestro ordenamiento jurídico, a excepción de Colombia y Francia. En los casos de Italia, España, los gobiernos regionales cuentan con competencias legislativas.

En el ámbito de competencias el proceso chileno tiene diferencias importantes con el proceso francés, producto de que, en el caso chileno algunas de las atribuciones y financiamiento que tienen las regiones en Francia, en Chile, las tienen las municipalidades.

Los gobiernos regionales chilenos son muy limitados en materias financieras y empresarial a diferencia del derecho comparado.

Así los gobiernos regionales aparecen con pocas atribuciones de decisión y ejecución directa, limitados fuertemente en el ámbito financiero y empresarial por el marco jurídico constitucional y legal neo liberal.

Los órganos de los Gobiernos Regionales en Chile

Intendente. Asume un doble rol, el de gobierno en la región, en cuanto agente del Presidente de la República, y de órgano ejecutivo del Gobierno Regional.

Consejo Regional: art. 102 de la Constitución; órgano encargado de hacer efectiva la participación de la ciudadanía regional y ejercer las atribuciones que la ley orgánica constitucional le encomienda, desarrolla competencias normativas, resolutivas y fiscaliza, dentro del ámbito de las competencias del gobierno regional.

Consideraciones sobre los órganos del Gobierno Regional en Chile y el derecho comparado

En el derecho comparado, los Gobiernos Regionales son elegidos por sufragio universal directo, a diferencia del Consejo Regional chileno que se elige a través de un sistema indirecto, mediante los colegios provinciales de concejales municipales.

El sistema chileno ocupa una fórmula en que el ejecutivo del gobierno regional es nombrado por el gobierno central. El único caso con similitud con Chile es el de Colombia, aunque ambos órganos son elegidos directamente por la ciudadanía, a diferencia de lo que ocurre en Chile.

La reforma de 1.991 en Chile, separa las funciones de gobierno y de administración superior de la región; es aconsejable que el ejecutivo de Gobierno Regional sea expresión de la colectividad regional distinguiéndolo del intendente.

El Ejecutivo regional, sus funciones y atribuciones en Chile

Le otorga al Intendente el carácter de Presidente del Consejo Regional, además de las funciones de coordinación, supervigilancia o fiscalización de los servicios públicos creados por ley para el cumplimiento de las funciones administrativas que operan en la región. Tiene la facultad de coordinar los servicios públicos, dispondrá de la facultad de supervigilancia o de fiscalización de ellos, según corresponda. Se excluye de esta atribución de los intendentes, los servicios públicos constitucionales (Municipalidades), porque no son creadas por la ley, sino por el constituyente. Carece así el Intendente de facultades para coordinar y fiscalizar las municipalidades.

El Intendente debe ejercer sus funciones con arreglo a la Constitución, las leyes, los reglamentos supremos y los regionales.

Desarrolla atribuciones en el ámbito de ejecución, en el ámbito de la representación, en el ámbito de la administración; en el ámbito de la coordinación y fiscalización, en el ámbito de nombramiento de personal.

Comentario respecto del Ejecutivo regional en Chile y el derecho comparado

Francia, España, e Italia, a diferencia del caso chileno, el Ejecutivo del Gobierno Regional es una emanación

del órgano regional representativo de la voluntad popular, como es la Asamblea o el Consejo Regional según sea el caso. El órgano Ejecutivo regional no puede responder a dos lealtades, la del gobierno central y la de la comunidad regional.

El único caso similar a la realidad chilena, es el de Colombia. En el ámbito de sus atribuciones, los Ejecutivos regionales tienen la representación de la región, o del Gobierno Regional según sea el caso, le corresponden las atribuciones de administrar la región y el patrimonio regional, la representación judicial, extrajudicial, coordinan los servicios regionales, con los nacionales en la región y ejecutan las decisiones adoptadas por el Consejo o Asambleas Regionales, tienen la iniciativa en materia de planificación y presupuesto regional.

En el caso chileno, el Intendente tiene una especie de gabinete constituido por los Secretarios Regionales Ministeriales, la directora regional del servicio nacional de la mujer.

El Consejo Regional, sus funciones, integración y duración del mandato en Chile y la experiencia comparativa

Consejo Regional en Chile

La integración y organización del Consejo Regional, el constituyente lo derivó al legislador, mediante una ley orgánica constitucional.

La integración del Consejo Regional

Tenía por finalidad hacer efectiva la participación de la ciudadanía regional. Sería elegido directamente por la ciudadanía a través de sus circunscripciones provinciales. El acuerdo sobre la reforma a la administración comunal y regional, entre el gobierno y los partidos tanto de oposición como de la Concertación, sostiene un sistema de representación de segundo grado o indirecta.

El Consejo Regional será elegido por los concejales municipales de la región, constituido para estos efectos en el colegio electoral por cada una de las provincias de la misma. La elección debe recaer en personas que no sean concejales, dos por cada provincia independiente de su número de población, y un número adicional de diez o catorce consejeros según la población de la región, sea hasta un millón de habitantes o sobre un millón de habitantes. El concejo regional tendrá por finalidad hacer efectiva la participación de la comunidad regional y estará investido de facultades normativas, resolutivas y fiscalizadoras.

Está integrado además del Intendente, por consejeros que serán elegidos por los concejales de la región.

1. Dos consejeros por cada provincia, independiente de su número de habitantes.
2. Diez consejeros en las regiones de hasta un millón de habitantes y catorce en aquellas que superan esa cifra. El Tribunal Electoral Regional deberá emitir su fallo dentro del plazo de quince días, este fallo será apelable ante el Tribunal Calificador de Elecciones.

El mandato. De los consejeros será de cuatro años y ellos podrán ser reelegidos.

El reemplazo de los consejeros regionales que han cesado en sus funciones. El caso de que un consejero regional, hubiera cesado en sus funciones, asumirá su cargo por el sólo ministerio de la ley, el respectivo reemplazante, quien se desempeñará por el tiempo que le faltare al titular para completar su período.

Los consejeros elegidos como independientes no serán reemplazados.

Las atribuciones de los Consejos Regionales en Chile

Son materia de ley orgánica constitucional, cuando en el inciso segundo de dicho artículo se fija algunas atribuciones constitucionales, tales como aprobar los planes de desarrollo de la región y el proyecto de presupuesto, resolver la inversión de los recursos consultados para la región en el Fondo Nacional de Desarrollo Regional, sobre la base de una propuesta que formula el Intendente. Se desprende la naturaleza y alcance de la descentralización regional, la cual es sólo de carácter administrativo y financiero, no constituyen una descentralización política.

Atribuciones de los Consejos Regionales:

1. Aprobar el reglamento que regule su funcionamiento.
2. Aprobar los reglamentos regionales.
3. Aprobar los planos reguladores comunales e intercomunales.
4. Aprobar, modificar, o sustituir el plan de desarrollo de la región y el proyecto de presupuesto regional.
5. Resolver la distribución de los recursos del Fondo Nacional de Desarrollo Regional.
6. Aprobar sobre la base de la proposición del Intendente los convenios de programación que el Gobierno Regional celebre.
7. Fiscalizar el desempeño del Intendente Regional en su calidad de Presidente del Consejo y órgano Ejecutivo del mismo, como también el de las unidades que de él dependan, pudiendo requerir del Intendente la información necesaria al efecto.
8. Dar su acuerdo al Intendente para enajenar o gravar bienes raíces que formen parte del patrimonio del Gobierno Regional.
9. Emitir opinión respecto de las proposiciones de modificación a la división política y administrativa de la región.
10. Ejercer las demás atribuciones necesarias para el ejercicio de las funciones de la ley le encomiende.

Consideraciones sobre las competencias de los Consejos o Asambleas Regionales en Chile y el derecho comparado

Es común a todos los Consejos Regionales o Asambleas Regionales, las funciones resolutivas en las materias de su competencia como son los planes de desarrollo, los proyectos de presupuesto regional y la decisión sobre apoyos financieros a entes menores. Es asimismo común a ellos la función de control y fiscalización del Ejecutivo regional y las unidades administrativas dependientes del primero. Chile trata sólo de una fiscalización administrativa ya que el Ejecutivo regional no emana del Consejo Regional ni necesita de su confianza.

En el ámbito de las funciones normativas del Consejo Regional, Chile opta por la descentralización administrativa (autarquía), mientras que el derecho comparado por la descentralización administrativa y política (autonomía).

Los recursos, el Patrimonio Regional y el presupuesto en Chile y la experiencia comparativa

Establece algunos principios como búsqueda de un desarrollo territorial armónico y equitativo y los criterios que deberá aplicar el legislador son las de solidaridad entre las regiones, como al interior de ellas en lo

referente a la distribución de los recursos públicos.

Los recursos de los Gobiernos Regionales en Chile

Las fuentes de recursos de los gobiernos regionales son (art. 104 de la Constitución):

1. Los recursos ordinarios para su funcionamiento fijados por la Ley de Presupuesto de la Nación.
2. La afectación de determinados tributos que graven actividades y bienes de clara identificación regional.
3. Una proporción del total de gastos de inversión que determine la ley que constituirá parte del Fondo Nacional de Desarrollo Regional.
4. Los gastos correspondientes a inversiones sectoriales de asignación regional que contemplará la Ley de Presupuesto de la Nación.
5. Los recursos provenientes de la celebración de convenios anuales o plurianuales de programación de inversión pública, entre el gobierno nacional y sus ministerios con los gobiernos regionales.

El patrimonio de los Gobiernos Regionales en Chile

Está integrado por los ingresos y bienes que se señalan a continuación:

1. Los bienes muebles e inmuebles que le transfiera el Fisco.
2. Los bienes muebles e inmuebles que adquiera a cualquier título y los frutos de tales bienes.
3. Las donaciones, herencias y legados que reciba de fuentes interinas o externas.
4. Los ingresos que obtenga por los servicios que preste y por los permisos o concesiones que otorgue.
5. Los recursos que le correspondan en la distribución de los Fondo Nacional de Desarrollo Regional.
6. Las obligaciones que contraigan el desarrollo de sus actividades.
7. Los derechos y obligaciones que adquiere por su participación en las asociaciones.
8. Los demás recursos que le corresponden en virtud de la ley.

El Fondo Nacional de Desarrollo Regional

Es un programa de inversiones públicas con finalidades de compensación territorial, destinado al financiamiento de acciones en los distintos ámbitos de infraestructura social y económica de la región con el fin de obtener un desarrollo territorial equitativo.

Este Fondo se constituirá por una proporción del total de gastos de inversión pública que establezca anualmente la Ley de Presupuestos.

Teniendo en cuenta las distribuciones socio económicas y territoriales de cada región la distribución se realiza considerando dos variables:

1. Nivel socio económico de la región.

2. La condición territorial particular de cada región.

La distribución del diez por ciento restante del Fondo Nacional de Desarrollo Regional se efectuará en el transcurso del año presupuestario de la siguiente manera:

1. Un 5% como estímulo a la eficiencia.

2. Un 5% para gastos de emergencias.

Los ingresos propios que genere el Gobierno Regional y los recursos que por ley o por convenios se destinen a una o más regiones podrán sumarse a la cuota del Fondo Nacional de Desarrollo.

Las particularidades del Fondo Nacional de Desarrollo Regional

Se entiende como un fondo de compensación territorial, destinado a permitir que las regiones de mejor desarrollo relativo reciban recursos adicionales para el financiamiento de acciones en los ámbitos de estructura social y económica, con el objeto de tener un desarrollo territorial armónico y equitativo.

Las inversiones sectoriales de asignación regional

Toda aquella que corresponda a estudios preinversionales, programas y proyectos de inversión que se deban materializar en una región específicas y sus efectos económicos directos se concentren principalmente en ellas. Podrán incluir financiamiento conjunto del gobierno regional y del órgano o servicio público correspondiente.

Los convenios de programación

Son acuerdos formales entre unos o más gobiernos regionales y uno o más ministerios, que definan las acciones relacionadas con los proyectos de inversión que ellos concuerdan realizar dentro de un plazo determinado.

Deberán cumplir con los siguientes requisitos.

Especificar el o los proyectos sobre los cuales se apliquen las responsabilidades y obligaciones de las partes, las metas por cumplir, los procedimientos de evaluación y las normas de revocabilidad. Deberán ser sancionados mediante decretos supremos y tendrán flexibilidad en cuanto a los plazos de ejecución.

Consideraciones en cuanto a financiamiento de los Gobiernos Regionales en Chile y la experiencia comparativa

Los recursos que integran el patrimonio de los gobiernos regionales tienen como característica común que el grueso de sus ingresos proviene de recursos establecidos en la ley de presupuesto del Estado, y de recursos cedidos por éste a los gobiernos regionales. En las cinco experiencias comparativas analizadas los gobiernos regionales pueden crear tributos ya sea por delegación legislativa o atribución propia.

Hay a su vez, un principio de solidaridad y cooperación interterritorial en casi todas las experiencias analizadas a través de fondos similares al Fondo Nacional de Desarrollo Regional con variaciones en el criterio de distribución de dichos recursos.

En todas las experiencias analizadas se mantiene el principio de unidad y territorialidad ya que los gobiernos regionales no pueden establecer barreras fiscales a la circulación de mercaderías y servicios. A su vez se establece el principio de igualdad tributaria.

La experiencia chilena se diferencia por la prudencia en el ámbito de competencia en el gobierno regional en materia financiera, no tienen competencia para obtener crédito interno ni externo.

Los gobiernos regionales tienen moderada autonomía financiera en relación con las experiencias comparadas.

El control de los gobiernos regionales en Chile y la experiencia comparativa

En Chile

Los controles pueden clasificarse en controles de legitimidad y controles de mérito.

a) Los controles de legitimidad son aquellos que se manifiestan a través de la vigilancia que se ejerce sobre los órganos de los poderes públicos por otros órganos del Estado y por los mismos ciudadanos respecto de sus actos administrativos, por sus actos normativos y la actividad desarrollado por sus órganos. Este control se dirige a valorar y garantizar la correspondencia formal del acto y de la actividad del sujeto a la norma legal.

El control de legitimidad es ejercido por la Corte de Apelaciones.

b) El control de mérito está dirigido a valorar el acto y la actividad del órgano en razón a su utilidad y oportunidad, es decir, de la conveniencia para la administración.

En lo referente a control de mérito éste lo puede desarrollar el Intendente respecto de los reglamentos elaborados por el Consejo Regional.

La Contraloría General de República tiene a su cargo la fiscalización y el control financiero y contable de los Gobiernos Regionales, como parte de la administración del Estado.

B. El Estado Federal

El lazo jurídico en el cual reposa el Estado Federal es una Constitución aprobada por una Asamblea Constituyente y ratificada por la mayoría de los Estados miembros, según la fórmula más usualmente utilizada.

La superioridad jurídica del Estado Federal o Central sobre los Estados federados o Provincias.

La Constitución Federal contiene la garantía de los derechos de los Estados miembros. A partir del momento que la Constitución Federal entra en vigencia, los Estados federados dejan de ser parte de la comunidad internacional. El Estado Federal pasa a ser el sujeto del derecho internacional, si los Estados miembros eran anteriormente independientes pierden parte de sus competencias en materia de derecho interno.

Los dos niveles estatales

El Estado Federal aporta a la separación funcional la separación territorial de poderes. Ya que junto a la distribución del poder entre órganos legislativos, ejecutivos y judiciales, superponen los órganos federales a los órganos de los Estados federados, apareciendo así una duplicidad de Constituciones.

La Constitución Federal y las Constituciones estatales.

a) El principio de autonomía. Cada Estado federado goza de autonomía en la medida que tiene capacidad de gobernarse a sí mismo. Así sólo puede hablarse de federalismo si existe la coexistencia e interacción de un conjunto de comunidades políticas autónomas unidas en un orden común. Cada Estado miembro del Estado Federal conserva cierta independencia en la gestión de sus asuntos, lo que se traduce en una Constitución que

es libremente establecida y modificada por el Estado federado, salvo que se oponga a los principios establecidos en la Constitución Federal. El principio de autonomía se concreta en la elección en forma independiente de las autoridades ejecutivas y legislativas estatales.

b) El principio de participación. La participación de cada Estado miembro del Estado Federal contribuye al funcionamiento de la federación.

El Parlamento Federal está compuesto generalmente de dos Cámaras, una de las cuales representa a los Estados de la federación.

La elección de los representantes estatales a la Cámara Federal puede estar determinada por la Constitución Federal o por los órganos constitucionales de los Estados federados.

Los Estados miembros participan en el proceso de revisión o reforma de la Constitución Federal, proponiendo enmiendas en la Cámara Federal o bien ratificando las reformas propuestas por los otros Estados federados.

La distribución de funciones entre la legislatura federal y las legislaturas estatales

La división de las competencias entre el órgano legislativo federal y los órganos legislativos estatales pasa por límites diferentes. Las competencias del Estado Federal estarían establecidas en la Constitución Federal y las de los Estados federados serían de carácter residual, vale decir, todas aquellas que no están expresamente atribuidas al Estado Federal.

Las materias referentes a relaciones internacionales, defensa nacional, aduanas, pesos y medidas, el dinero y la emisión de éste son atribuidas a la autoridad federal. Los aspectos educacionales culturales, salud, protección del medio ambiente y el gobierno local quedan entregados en manos de las unidades estatales.

Los arbitrajes de los conflictos de competencias o de atribuciones

Las Constituciones Federales establecen un órgano encargado de arbitrar los conflictos de competencias, el cual se presenta bajo las características de una jurisdicción de tipo constitucional, ella vela por que los órganos federales, como estatales se mantengan dentro de sus esferas de competencias.

Enfoque conceptual sobre el Estado Federal

El Estado Federal posibilita la unidad de la diversidad, vale decir, unir en un solo Estado a diversas sociedades políticas menores heterogéneas, que buscan desarrollarse como una unidad, respetando sus diversidades específicas, culturales, sociales, económicas, religiosas o de otro tipo.

C. Confederación de Estados

Para G. Scelle, Confederación es una asociación en la que los gobernantes de diversos Estados abandonan una parte más o menos grande de las competencias internacionales a órganos confederales.

Para Jellinek, es una unión permanente de Estados independientes basados en un Pacto Internacional, con el fin de garantizar la protección exterior y la paz interior.

Características de la Confederación de Estados

1. El vínculo jurídico que une a los Estados Confederados es un Tratado Internacional o Pacto Confederal.
2. Los órganos de la Confederación son poco evolucionados o simples, generalmente se trata de un solo

órgano denominado Dieta o Consejo, compuesto por representantes de los gobiernos de los Estados miembros, en el cual todas las decisiones son tomadas por unanimidad.

3. La competencia o atribuciones del órgano federal tiene como finalidad la protección de los Estados miembros, con lo cual su competencia se limita normalmente al ámbito de relaciones internacionales, con el objeto de enfrentar una guerra o el peligro de invasión u objetivos de defensa económica.

4. La ejecución de las decisiones confederales liga y obliga a los Estados miembros, pero no a los ciudadanos directamente. Deja subsistir la identidad y la personalidad jurídica de los Estados miembros para actuar en el plano internacional.

5. Los Estados Confederados pueden retirarse de la asociación respetando las cláusulas del pacto respectivo.

6. La Confederación es un sistema donde todos los Estados miembros tienen la misma participación y peso en las decisiones; cada Estado sigue siendo miembro de la comunidad internacional.

Criterios	Estado Federal	Confederación de Estados
Estados miembros y Comunidad Internacional	Unidades estatales sin calidad de sujetos de Derecho Internacional.	Estados plenos y sujetos de Derecho Internacional.
Vínculo jurídico entre los Estados	Constitución Política del Estado Federal.	Tratado o Convención Internacional.
Estructura organizativa	Sobre los Estados miembros y sus habitantes.	Dieta o Consejo Confederal integrada por representantes de los Estados Soberanos
Extensión del poder de los órganos comunes	Sobre los Estados miembros y sus habitantes.	Sólo sobre los Estados miembros, sin obligar a los habitantes.
Forma de tomar las decisiones de los órganos colegiados	Por mayoría.	Por unanimidad.
Finalidad	Todas las que corresponden a un Estado miembro de la comunidad internacional.	Principalmente, la defensa común y aspectos comerciales en común frente a terceros.
Derechos de los Estados miembros de recuperar plena independencia	No existe derecho de secesión ni de nulificación.	Existe derecho de secesión y nulificación.

D. El Estado libre asociado

Es una forma intermedia entre una Confederación de Estado y un nivel colonial, como Puerto Rico y Estados Unidos, donde uno goza de una potestad política de autodeterminación limitada.

El Estado libre asociado no dispone de Constitución, sino sólo de un estatuto aprobado por la antigua potencia colonial. Los habitantes del Estado libre asociado tienen la nacionalidad de la ex potencia colonial.

E. Los Estados o Repúblicas Asociadas

Lo que identifica a un Estado o República Asociada es el encontrarse vinculado a otro Estado que ha sido la antigua metrópoli, aún cuando es soberano, donde la relación se construye a través de un pacto o tratado en una relación más fuerte que es una confederación.

F. La Unión de Estados

Son generalmente uniones monárquicas en las cuales se encuentran unidos en razón de la forma monárquica de gobierno de diferentes países. Ella se produce cuando una misma dinastía o soberano ocupa el trono.

1. Unión personal: existe Unión personal cuando dos Estados monárquicos tienen un mismo soberano. Una misma persona reúne la jefatura de diversos Estados o la Corona de ellos, aún cuando cada Estado guarda su propia organización política, la cual puede ser en sus principios o instituciones diferentes.

2. Unión real: es a menudo el resultado de la existencia de una Unión personal entre varios Estados, conjugando la Unión personal y la Confederación de Estados, pero cada uno mantiene su autonomía e independencia política.

INSTITUCIONES POLÍTICAS Y

TEORÍA CONSTITUCIONAL

Tomo II

Primera Parte

Teoría de la Constitución

Cap. I: El Concepto de Constitución

La Constitución es un conjunto de normas jurídicas de un máximo rango que se plasman en un documento constitucional, que regulan el ordenamiento del Estado respecto de su organización, forma, estructuras generales y aseguramiento de derechos fundamentales; y establece mecanismos de defensa del orden constitucional y fija determinados contenidos consecuencia de su modificabilidad.

Elemento formal:

1. Norma jurídica escrita.
2. Organización del poder.

Elemento material (sustantivo):

1. Regula la organización, forma y estructura del Estado.
2. Asegura derechos fundamentales.
3. Establece mecanismos de defensa de jurisdicción de la Constitución.
4. Debe estar abierta a su modificación.

Partes de una Constitución

1. Regulación de poder.
2. Derechos y garantías de las personas.

Para qué sirve una Constitución

1. Constituir un orden social y político. Ordena estas convivencias.
2. Establece el gobierno, órganos y funciones que cumple cada uno de ellos.
3. Establece poder constituyente y poderes constituidos.
4. No es un orden cerrado, regula lo esencial y deja abierta la posibilidad de regular temas detallados.
5. Normalmente es de compromiso, representa a toda la sociedad.
6. Promueve la igualdad de todos los sectores sociales.
7. Limita el poder estatal (limitación jurídica); distribución de poderes del Estado. Fija el ámbito de la ley. Control de poder. Derechos económicos, sociales y culturales.
8. Determina procedimientos que defiendan la Constitución de las mayorías o minorías.
9. La función de irse adaptando a los nuevos valores, a las nuevas ideas de derecho.

Sentidos de Constitución

1. Constitución en sentido material

Conjunto normativo de más alto rango de un ordenamiento jurídico que determina la forma jurídica de Estado y de gobierno, precisa los órganos estatales, sus competencias y relaciones, los derechos y garantías constitucionales y regula la defensa y reforma de la Constitución.

2. Constitución en sentido formal

Conjunto de normas jurídicas que se distinguen por su procedimiento más arduo y complejo de generación, modificación o derogación, permitiendo su distinción respecto de los preceptos legales.

3. Constitución en sentido orgánico

Implica la organización del poder, la forma de gobierno, sus competencias y obligaciones y las garantías que protegen los derechos fundamentales de las personas.

Teorías de Constitución

1. Teoría de Lasalle; dio conferencias en Berlín en 1.862, las que se publicaron en su libro ¿Qué es una Constitución?.

Constitución: es la suma de factores reales de poder que rigen un país.

Concepción de la Constitución en sentido sociológico: basada en los factores de poder reales existentes en la sociedad, sin lo cual no sería nada más que una hoja de papel. Las Constituciones tienen valor y son duraderas cuando dan expresión fiel a los sectores de poder imperantes en la realidad social.

2. Teoría de Carl Schmitt: concepción decisionista, distingue 4 conceptos:

a) Sentido absoluto: es la concreta manera de ser, resultante de cualquier unidad política existente. Una regulación legal fundamental. Toda sociedad tiene Constitución en este sentido.

Constitución designa una unidad (instancia del ser) y totalidad (instancia del deber ser).

La Constitución es el Estado.

b) Sentido relativo: es un conjunto de leyes particulares revestida de carácter externo (formal), que la diferencian de normas cualquiera o leyes ordinarias.

c) Sentido positivo: determina conscientemente el conjunto de normas de máximo rango que van a quedar plasmadas en la Constitución; y que haya una voluntad del poder constituyente de establecerla como tal.

La unidad política existe con anterioridad a la Constitución.

d) Sentido ideal: pensamiento político determinado, que va a dotar de contenido a cada Constitución. Por lo tanto, la Constitución es una decisión.

3. Teoría de Kelsen: concepción positivista de Constitución; según Kelsen, la Constitución tiene dos significados:

a) Carácter lógico jurídico: Constitución constituye la norma hipotética fundamental, que sirve de fundamento de validez a todo el ordenamiento jurídico.

b) Sentido jurídico positivo: norma suprema dentro de las normas jurídicas, que determina cómo las demás normas jurídicas deben producirse. La pirámide jurídica.

4. Teoría de García Pelayo; obra de 1.950, Derecho Constitucional Comparado.

a) Concepto racional–normativo (validez): complejo normativo establecido de una sola vez; y en el que de manera sistemática se establecen las funciones del Estado, se regulan sus órganos, competencias y relación entre ellos. La Constitución es la norma de las normas.

b) Concepto histórico–tradicional (legitimidad): la Constitución de un país no es creación de un acto único y total, sino de actos parciales reflejos de situaciones concretas, y frecuentemente de usos y costumbres formados lentamente. La ordenación constitucional ha de responder al espíritu o al carácter nacional del pueblo.

Características: la costumbre tiene un papel preponderante en la vida del Estado; la ley no crea la Constitución, es expresión de ella; no existe distinción formal entre ley ordinaria y ley constitucional; la soberanía reside en una persona u órganos concretos, jamás se despersonaliza.

c) Concepto sociológico (vigencia): la Constitución es el resultado de las situaciones y estructuras sociales del presente.

La Constitución es una forma de ser y no de deber ser. La Constitución tiene su propia legalidad.

La Constitución es el resultado del presente (razón *versus* historia).

5. Teoría de Heller: Constitución es el reflejo de una situación política real que se renueva mediante actos de voluntad humana, se mantiene por la probabilidad de que se repita esa conducta humana. No hay una existencia individual aislada: el individuo sigue vías esencialmente preformadas, colaborando en el

mantenimiento de las ordenaciones sociales y conexiones de actividad.

La Constitución es una totalidad: es un ser al que dan forma las normas.

6. Teoría de Biscaretti Di Ruffia; él deriva 5 conceptos:

a) Concepto genérico de Constitución: ordenamiento supremo del Estado, el más perfecto y complejo de los ordenamientos jurídicos contemporáneos. No hay norma ulterior que la proteja.

Todo Estado tiene Constitución.

b) Concepto de carácter sustancial (material): es el complejo de normas de carácter jurídicas fundamentales, escritas o no que tratan las bases esenciales del concepto jurídico.

c) Concepto formal: complejo de normas que se distinguen de las leyes ordinarias por su más arduo y solemne proceso formativo.

d) Concepto instrumental: (base propiamente italiana); acto fundamental en el cual han sido formuladas solemnemente la mayoría de las normas materialmente constitucionales; no tiene un carácter formal.

e) Constitución como régimen: conjunto de principios presentados por una cierta ideología política y que se concretan en la Constitución.

Cap. II: Clasificación de las Constituciones

1. Según su materialidad

a) No escrita o consuetudinaria: se forman por la lenta evolución de las instituciones del Estado y de prácticas constantes consagradas por el uso y la tradición histórica. Ej.: ordenamiento británico.

Elemento objetivo: está dado por la repetición constante y uniforme de esa conducta por una sociedad.

Elemento subjetivo: obligación para la comunidad de ese comportamiento.

b) Escritas: se concretan en un texto promulgado de acuerdo a un procedimiento válido y que por su precisión y fijeza constituyen una garantía para gobernantes y gobernados.

Partes de una Constitución escrita:

*** Parte dogmática:** aseguran derechos fundamentales, derechos humanos, los capítulos referentes a los valores y principios básicos de la institucionalidad; el preámbulo constitucional.

*** Parte orgánica:** organiza las potestades públicas, los órganos del Estado, sus relaciones y las instituciones de defensa de la Constitución, asegura la supremacía formal y material de la Constitución y el Estado de Derecho democrático constitucional.

*** Parte programática económica-social:** recogen diversas metas, aspiraciones, establece programas sociales y orientaciones económicas.

*** Parte reforma:** delimita los órganos que desarrollan la potestad constituyente derivada o de revisión o reforma de la Constitución fundamental y los procedimientos para ello.

- * **Las escritas codificadas:** establecida en un solo texto unificado y orgánico.
- * **Dispersa o no codificada:** establecida en 2 o más textos separados (Israel, Finlandia).
- * **Mixta:** se inicia como codificada y se le agregan apéndices (Austria).

2. De su extensión

- a) Restrictiva o sobria:** contienen sólo el esquema fundamental de la organización de los poderes del Estado (textos básicos).
- b) Extensiva o desarrollada:** reproducen con abundancia y precisión de reglas todos los principios esenciales del ordenamiento jurídico social del Estado.

3. De su origen

- a) Otorgadas:** de carácter monárquico o autocrático, en las que el propio agente o detentador del poder auto limita su propio poder (voluntad unilateral).
- b) Pactadas:** aquéllas en que se ha producido un equilibrio de fuerzas entre el monarca y el pueblo produciéndose un pacto o transacción. Es una declaración en que concurren dos voluntades.
- * **De origen popular:** hay un principio democrático que ha superado al monárquico o autocrático. Las constituciones se originan en la soberanía nacional popular, a través de diversos procedimientos.
- * **Autocráticos totalitarios:** tampoco representan al pueblo. Representan a una sola organización política.
- * **Autocráticos autoritarios:** la Constitución es elaborada a través de un procedimiento en el cual sólo los que controlan el poder en un momento histórico determinado van a redactar y elaborar el texto. Sólo se busca autenticar. Usual por los regímenes autocráticos.

4. Originalidad de su contenido

- a) Originales:** se estructuran sobre nuevos principios o realizando aportes novedosos al derecho constitucional (USA, Suiza).
- b) Derivadas:** adaptan a sus realidades los principios e instituciones desarrolladas por Constituciones originales.

5. Tipo de gobierno establecido

- a) Democráticas:** aquélla que asegura y garantiza efectivamente a las personas los derechos individuales y políticos, además de garantizar un mínimo digno de seguridad económica; el poder político se encuentra distribuido en órganos diferentes, donde el Gobierno y el Parlamento son expresión auténtica de la voluntad popular, se garantiza el pluralismo político e ideológico, existiendo la posibilidad real de alternancia en el gobierno.
- b) Cuasi democráticas:** son aquéllas en que las personas tienen constitucionalmente asegurados los derechos individuales y políticos y un mínimo económico digno, pero dichos postulados no se concretan en la realidad para una parte significativa de la población, existiendo situaciones económicas y sociales de inestabilidad (no cumple lo que dice).

c) Autocráticas: no aseguran ni garantizan los derechos civiles y políticos, rechazando el pluralismo político e ideológico y la competencia abierta para acceder al gobierno en elecciones limpias y transparentes. El poder se concentra en un partido o junta militar.

6. Según su génesis histórica

a) De compromiso: surgen del acuerdo entre fuerzas políticas contrapuestas (surgen de sistemas democráticos, pluralistas).

b) Hegemónicas: son fruto de una situación de predominio político. Una fuerza se impone y fija el contenido valórico de la Carta Fundamental.

7. Según contenido

a) Utilitaria o pragmática: son neutrales en materia ideológica. Son estatutos que regulan la gestión gubernamental en los órganos estatales superiores, con ausencia de toda referencia a los derechos fundamentales.

b) Ideológica o programática: establecen en su parte dogmática los principios ideológicos que la inspiran y que guían su accionar. Se hacen presente en toda Constitución desde la II Guerra Mundial, hasta la actualidad.

8. Según su naturaleza

Esta clasificación dice relación con la concordancia o discordancia de las normas constitucionales con la realidad del proceso del poder.

Loewenstein: Constitución es lo que los detentadores y destinatarios del poder hacen de ella en la práctica.

a) Normativa: la Constitución es practicada por gobernantes y gobernados, debiendo existir concordancia e integración entre la sociedad y la Constitución. El proceso del poder debe estar adaptado y sometido a las normas constitucionales; es un traje que sienta bien y se lleva realmente.

b) Nominal: la Constitución es jurídicamente válida, pero la dinámica del proceso político no se adapta a sus normas, por lo que carece de realidad existencial, los presupuestos sociales y económicos no permiten una concordancia absoluta entre las normas constitucionales y las exigencias del proceso del poder. Según Loewenstein, tiene una función educativa, en la medida que su objeto es llegar a convertirse en normativa en el futuro; traje que se encuentra colgado en el armario, ya que la persona debe crecer y desarrollarse para que pueda ponérselo y le quede a la medida.

c) Semántica: la Constitución busca revestir con cierta formalidad la situación existente del poder político, en beneficio de los detentadores fácticos del poder. La dinámica social tiene limitada su libertad de acción y será encauzada en la forma deseada por los detentadores del poder. Busca aparecer como régimen constitucional; el traje no es tal, sólo es un disfraz.

9. Capacidad de adaptación a nuevas circunstancias

a) Elásticas: aquéllas que sin modificación del texto constitucional se adaptan a cambiantes circunstancias sociales, económicas y políticas, pudiendo por vía interpretativa, convencional o de la costumbre adaptarse a las nuevas realidades.

b) Inelásticas: aquéllas que no son susceptibles de adaptarse a nuevas realidades sociales, económicas y políticas, por lo que exigen, para afrontar tales situaciones, una modificación del texto de la Constitución.

10. De su revisión o reforma

a) Flexibles: son aquéllas cuyas normas no están situadas en posición de superioridad respecto de las leyes comunes, pudiendo ser modificadas por leyes ordinarias.

b) Rígida: Constitución escrita y solemne que no puede ser modificada por leyes ordinarias.

Cap. III: Generación y Reforma de las Constituciones

El origen del poder político y su legitimidad

1. Doctrinas teocráticas

En Dios está la explicación última del poder.

Existen varias doctrinas para explicar esta cuestión, desde diversos puntos de vista.

a) Doctrina del Derecho Divino Sobrenatural: Dios es el creador del Poder Político, es obra divina; Él designa en la tierra a las personas que detentan el poder en su nombre.

Esta teoría fue utilizada para justificar el poder absoluto que sustentaban las monarquías de los siglos XVII y XVIII, en Europa, pues los reyes respondían de sus actuaciones sólo frente a Dios.

b) Doctrina del Derecho Providencial: Dios confiere el poder no a través de una declaración de su voluntad, sino mediante la dirección providencial de los acontecimientos humanos.

El poder tiene como única fuente a Dios, pero los hombres que lo ejercen en la tierra han sido investidos por acontecimientos derivados de la voluntad del pueblo, y éstos de Dios, inspirados por la fuerza de la divinidad.

c) Doctrina de la sociabilidad de la naturaleza humana: Dios ha depositado el poder político en la comunidad humana (derecho de autogobernarse). El gobierno debe contar con el consentimiento del pueblo, gobernar justamente para el bien común.

Para Suárez, la autoridad proviene de Dios, la cual se transmite a la autoridad querida por Él, desde que creó a los hombres de naturaleza social. Es la sociedad la que debe establecer el régimen de gobierno y confiar la potestad política a las personas determinadas. Sólo el consentimiento de la comunidad puede constituir título legítimo de autoridad. El consentimiento no supone una voluntad contractual creadora, ella viene de la propia naturaleza del hombre (el poder se encuentra como un hecho natural... ha sido creado con la misma naturaleza humana); el poder está dirigido y ordenado por el derecho natural que lo justifica. El fin que justifica el poder es el bien común.

Existe el derecho de insurrección contra el poder tiránico, pues está fuera del uso legítimo del poder.

Las condiciones para que se dé una insurrección legítima son:

* Encontrarse ante un poder verdaderamente tiránico.

* Haber agotado todos los medios pacíficos capaces de modificar eficazmente la situación.

* Ley de la proporcionalidad: seguridad moral que los daños de la insurrección no serán mayores de los que ya existen.

* Ley de la eficacia: probabilidad razonable de éxito (no sólo de derrotar al adversario, sino también la posibilidad cierta de instaurar un nuevo orden).

* La insurrección no justifica cualquiera de los medios de lucha (nunca se justifica el terrorismo y la tortura).

Esta doctrina tiene diversas fuentes: San Pablo (Romanos 1,7), Santo Tomás de Aquino (Summa Theológica), Vitoria (*De Potestate Civile*), Soto (*De Justitia*), Molina (*De Justitia*), Suárez (*Defensio Fidei*), entre otros.

Para el Cristianismo, existe una diferenciación entre el poder y la autoridad, entre la fuerza y el derecho para gobernar. La autoridad constituye el poder legítimo (consenso de quienes y sobre quienes se ejerce). La autoridad emana de los miembros de la comunidad. Las decisiones las toman las mayorías, respetando las minorías.

Las críticas a esta doctrina apuntan a que es imposible de comprobar científicamente la existencia de Dios (así también su inexistencia).

2. Doctrinas pactistas: el contrato es el fundamento jurídico del Estado. Protágoras dice que el origen de los Estados fue una unión de hombres libres. Mediante una inteligencia voluntaria se han agrupado los hombres para protegerse contra la injusticia.

Esta doctrina tiene diversos matices.

a) Doctrina de Thomas Hobbes: parte del principio de un estado de naturaleza anterior a la sociedad política, en la cual el hombre natural vive en total anarquía. *Homo Homini Lupus*. Pero como ser racional que es, buscó un medio para poner fin a esta situación: el pacto social. Sus miembros deben someterse en forma incondicional y absoluta a un gobernante, renunciando a favor de éste a todo derecho o libertad que pudiese perturbar la paz social.

b) Doctrina de John Locke: Locke afirma que en el estado de naturaleza el hombre vive en paz y armonía con sus congéneres; la recta razón orienta sus acciones, existiendo una situación de prosperidad y felicidad. Los individuos tienen derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y también a castigar. El paso al estado de sociedad se justifica para obtener la seguridad mutua, para su conservación, estando al abrigo de quienes pudieran hacerle daño o perjudicarlo. Se trata de vivir mejor.

El pacto social dio origen al poder político basado en el consentimiento de hombres libres y capaces. Pacto limitado.

c) Doctrina de Juan Jacobo Rousseau: la familia es la única sociedad natural que existe. En el estado de naturaleza el hombre es libre, y si forma la sociedad política lo hace por su voluntad, no por su naturaleza. La sociedad política es creada por el contrato social y por el consentimiento de los hombres. Cada uno se obedece a sí mismo, bajo la suprema dirección de la voluntad general. El hombre pasó a esta etapa para saltar los obstáculos que atentaban contra su conservación.

Las críticas a las doctrinas pactistas (León Duguit)

Es un error considerar que los hombres tendrían la libertad de no formar sociedades políticas y que éstas no son exigidas por la naturaleza misma de los hombres, una vez que ellos han llegado a un cierto grado de desarrollo. Suponen un estado de naturaleza con hombres que tienen ideas, sentimientos y modos jurídicos de actuar que sólo son concebibles una vez que se ha desarrollado la sociedad política.

Un pacto o contrato implica la existencia de una sociedad con lenguaje, una maduración política y social, que no puede conciliarse con el estado de cultura y civilización del hombre primitivo en estado de naturaleza.

Además, el pacto debería ser ratificado por las siguientes generaciones.

3. Concepción del Abate Sieyès: distingue el poder constituyente de los poderes constituidos.

Poder constituyente: poder extraordinario e irrepetible que se consumía en un acto y que pretende fijar una Constitución; una vez promulgada, el poder constituyente desaparece y da paso a los poderes constituidos.

El poder constituyente instaura la primera Constitución, aquélla que no tiene su fundamento de legitimidad en una Constitución precedente. Emana extra ordinem, privada de fundamento de validez en normas del ordenamiento constitucional precedente.

Complementa la teoría de la soberanía nacional.

4. Teorías psicológico– sociales (doctrina voluntarista)

El derecho es un fenómeno social y su motivación está en la tendencia de la sociedad a la forma organizada. La voluntad social constituye un poder organizado que actúa creando normas e instituciones. Este poder organizado se proyecta y crea el Estado y adquiere el nombre de poder constituyente.

5. Kelsen y la negación de diferenciación entre poder constituyente y legislativo

Concepto y características del poder constituyente

El Poder constituyente (Lucas Verdú) es la voluntad originaria, extraordinaria y soberana de una comunidad que dicta las normas fundamentales para la organización y funcionamiento de la convivencia política.

Características del poder constituyente:

- a) Poder original e inmanente: brota del pueblo que se da su Carta Fundamental o que la modifica.
- b) Poder extraordinario: sólo actúa cuando la comunidad se da o cambia su Constitución. Su acción es de carácter discontinuo.
- c) Poder soberano o plenamente autónomo; el pueblo tiene limitaciones en su ejercicio: los derechos humanos, reglas y principios generales del derecho internacional, además de tratados internacionales.
- d) Requiere de investidura, ya que opera organizada y formalmente.
- e) Poder constituyente: no funda una sociedad política, solo establece su forma y estructura.
- f) No es absoluto, pues la mayoría podría aplastar a la minoría discrepante, por ello no se habla de soberanía popular, sino de plena autonomía del cuerpo político de la sociedad (Maritain).

Distinción entre poder constituyente originario y derivado:

a) Poder constituyente originario: basa su poder y eficacia en el acatamiento de la comunidad nacional, se basa en la idea de derecho vigente en la sociedad sin limitación jurídico formal alguna, no está sometido a procedimiento alguno, puede fundar la Constitución en cualquier idea de derecho imperante en la sociedad.

b) Poder constituyente derivado: su legitimidad y eficacia está en la Carta Fundamental vigente, lo que establece la efectividad de su ejercicio; debe respetar las condiciones y procedimientos establecidos por la Constitución que la ha institucionalizado; debe someterse a la idea de derecho vigente contenida en la

Constitución; sus revisiones sólo pueden ser parciales.

Es afectado por límites de:

a) Contenido: derivan de los derechos humanos, del derecho internacional general y de las cláusulas pétreas que estableciera el constituyente originario.

b) Lugar: son establecidos por el constituyente originario.

c) Tiempo: dados por el lapso de funcionamiento del poder constituyente derivado. Debe someterse a los plazos fijados, salvo que esté facultado para aprobar prórrogas.

d) Procedimiento: relación con los órganos que intervienen, los quórum requeridos y las etapas en el proceso de formación de la decisión. Puede quedar entregado al poder constituyente derivado o estar determinado por el poder constituyente originario. Una reforma puede ser inválida por infracción a estos límites y debe ser resuelta por el Tribunal Constitucional. La infracción a esos límites puede deberse a topes externos o internos al Estado, luego se puede recurrir a instancias supranacionales.

Procedimientos formativos de la Constitución

1. Procedimientos externos: intervención de actores exógenos al cuerpo político de la sociedad en la determinación de los contenidos de la Carta Fundamental (Canadá y Australia por Parlamento británico).

2. Procedimientos internos

a) Procedimientos monárquicos: dan origen a Constituciones pactadas y otorgadas. El pacto se diferencia del otorgamiento porque no se trata de un acto unilateral, sino de una negociación entre el monarca y el pueblo.

b) Procedimientos democráticos: parte del principio que el poder constituyente se encuentra en el pueblo. Estos procedimientos tienen diferentes modalidades:

*** Convención o Asamblea Constituyente:** elección, por parte del cuerpo político, de representantes con el encargo de elaborar una Constitución Política del Estado y la que una vez aprobada por la Asamblea Constituyente puede entrar inmediatamente en vigencia o puede ser objeto de ratificación directa del pueblo por referéndum o plebiscito.

*** Procedimiento de referéndum o plebiscito:** consiste en el sometimiento de un texto elaborado a la ratificación del pueblo, ya sea por una o varias comisiones pluralistas o por una Asamblea Constituyente.

*** Consentimiento de los Estados federados:** debe existir este consentimiento cuando se quiera crear un Estado Federal para comprobar si los Estados que se federan están dispuestos a aceptar realmente las limitaciones y renunciaciones de soberanía que se establecen en la Constitución Federal.

3. Procedimientos autocráticos

a) Procedimientos autoritarios

*** Adopción unilateral de los detentadores del poder de actos constitucionales dictados en ejercicio del poder constituyente autoritario.**

*** Plebiscitos constituyentes:** sometimiento al pueblo de una alternativa entre un sí o un no respecto de una

propuesta, donde el votante es presionado para que secunde la voluntad de los proponentes. No hay garantías de un procedimiento electoral democrático.

b) Procedimiento de los Estados socialistas marxistas:

- * Adopción de la decisión constituyente por un órgano del partido único (fase revolucionaria).
- * Aprobación de la Constitución por un órgano del partido y sometido a ratificación de la asamblea parlamentaria.
- * Aprobación de la Constitución por órganos del partido y un plebiscito del tipo utilizado por los regímenes autoritarios (Cuba 1.976).

Reforma Constitucional

Una vez establecida la Constitución, puede ser objeto de modificaciones para adaptarla a las nuevas tendencias o necesidades. Nos podemos encontrar ante distintas situaciones.

1. Inmutabilidad absoluta de la Constitución: el poder de reformar la Constitución es un poder constituido o instituido, ya que se encuentra regulado jurídicamente en la Carta Fundamental. Algunas sólo prevén el poder de reformarla, no existiendo la regulación que permita crear una nueva Constitución, por lo que hacerlo es obra del poder constituyente al margen del texto constitucional (Etiopía, en 1.931 establece una Constitución perpetua e inmutable). Las instituciones, para subsistir, deben darse los medios que les permitan adaptarse a las nuevas tendencias y necesidades que crea la ley de la evolución.

2. Inmutabilidad relativa de la Constitución: el constituyente establece, en algunos casos, la prohibición de reformar la Constitución durante un período determinado o excluye la posibilidad de revisión de ciertas instituciones fundamentales. Se limita para lograr el desarrollo completo y la estabilización de las instituciones creadas y privar a los elementos disolventes de un arma que atente contra esa estabilidad.

Si una norma es ineficaz deben existir los medios para reformarla, si no, será derogada violentamente.

Hay Constituciones que exigen su revisión cada cierto tiempo, lo que es innecesario, porque el pueblo lo ratifica diariamente al cumplir sus preceptos.

3. Silencio de la Constitución sobre una reforma: el constituyente piensa en la permanencia de su obra y no reglamenta un procedimiento de reforma. Este silencio no puede ser interpretado como inmutabilidad de la Constitución. Entonces quien puede revisarlo es el organismo que lo dictó o el titular del poder constituyente: el cuerpo político de la sociedad.

Procedimientos de Reforma:

Se clasifican en rígidas y flexibles:

1. No escrita

Rígida: sólo puede modificarse por la costumbre.

Flexible: puede revisarse por procedimientos legislativos, pero el Parlamento se encuentra limitado por la fuerza de las tradiciones.

2. Escrita

Rígida: para su revisión exige un procedimiento o un organismo distinto de los ordinarios.

Flexible: se modifica con un procedimiento igual al de una ley ordinaria.

Iniciativa de reforma

Determinadas por el régimen político imperante:

1. Gobiernos representativos: la facultad de presentar proyectos de reforma constitucional o la conveniencia de una revisión se entrega a los poderes públicos de carácter político (ejecutivo y legislativo), a los que también corresponde el proceso de ley ordinaria.
2. Como reacción al monarca o para abatir el caudillismo populista en América latina, se radica en el Poder Legislativo.
3. Donde se desbordó el parlamentarismo: únicamente el Poder Ejecutivo.
4. Régimen de gobierno semidirecto: poderes públicos y la ciudadanía. Hay condiciones, como un cierto número de ciudadanos y prohibición de ciertas materias (impuestos y finanzas). Armonía del pueblo y sus representantes.

Normalmente iniciativa y autorización constituyen un solo trámite.

Organismos que deben realizar la reforma constitucional:

La interrogante es si debe ser por el Poder Legislativo ordinario mediante un proceso especial o por un organismo distinto.

Sieyès: un poder supremo y extraordinario instituye a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. El poder constituyente no puede ejercerse por las autoridades constituidas. Poder legislativo no puede, a la vez, crear la Constitución y ser creado por ella. Debe ser por el pueblo o una asamblea especial.

La soberanía consiste en el poder de la nación de expresar su voluntad por medio de órganos regulares, no cabe crear órganos especiales para reformar la Constitución, ya que ellos existen y el principal es el órgano legislativo. La creación de asambleas es peligroso y trae agitación política.

Competencias del organismo revisor

No se puede limitar la competencia del órgano constituyente si se desea mantener la estabilidad política de la Nación.

Normas procesales que rigen la reforma

Cuando el organismo es una Asamblea o Convención Constituyente se nombran comisiones informantes, e impera el principio de las mayorías.

Si es el legislativo, se aplica el proceso de formación de la ley ordinaria con modificaciones, las que tienden a darle el carácter rígido al procedimiento de reforma: quórum para entrar a sesión (mayoría de los miembros en ejercicio, 2/3 ó 3/4), mayorías para aprobar acuerdos y la ratificación (en Chile, el Congreso pleno).

Con el trámite de ratificación culmina el procedimiento de reforma.

La ratificación es esencial en:

- * Gobierno Semidirecto: medio de configuración de atribuciones entre el pueblo y sus representantes.
- * Estados Federales: testimonio de la independencia de los Estados miembros y como protección de su integridad.
- * Sistema con iniciativa popular: medio de comprobar si la reforma reflejó las aspiraciones de los propiciadores.

Cap. IV: Las Constituciones y los Tratados en materia de Derechos Humanos

Soberanía: es el poder absoluto e ilimitado temporalmente que tiene una persona, para que disponga de los bienes de las personas y de todo el Estado a su placer. Sólo Dios es límite al monarca, y éste es responsable únicamente frente a Aquél. Adhiere Hobbes, en su obra "Leviathan", y en cierta forma Rousseau, en cuanto el poder soberano es uno e indivisible, pertenece a una sola persona, cuerpo u órgano y no puede limitarse; es inalienable, imprescriptible, absoluto e ilimitado.

Francisco de Vitoria: los Estados gozan de soberanía estatal externa. En esta concepción, el único derecho originario es el derecho interno; el derecho internacional adquiere validez mediante la auto limitación.

Dualismo (Triepel): sólo el Estado puede ser obligado o beneficiado por las normas de derecho internacional en sus relaciones con otros Estados. Para que las normas de derecho internacional alcancen a los individuos, deben ser transformadas en disposiciones de derecho interno.

El derecho interno y el derecho internacional no sólo son partes del derecho, sino sistemas jurídicos diversos. Son dos círculos que están en contacto íntimo, pero que no se superponen nunca.

Doctrina monista (Kelsen): el derecho internacional preside una concepción unitaria de todo el derecho, al cual, los órganos jurídicos internos están subordinados. Establece la incorporación automática de las normas internacionales al derecho interno.

Después de la II Guerra Mundial, la soberanía externa del Estado deja de ser una libertad absoluta, quedando jurídicamente subordinada al imperativo de la paz y a la tutela de los derechos humanos:

1. Carta de las Naciones Unidas (San Francisco 1.945) suprime el *ius ad bellum*.
2. Declaración Universal de los Derechos del Hombre (Asamblea 1.948).

El derecho internacional también tutela los derechos esenciales de las personas, surgiendo tribunales y cortes internacionales con decisión jurisdiccional vinculante para los Estados partes (Corte Internacional de Justicia).

3. Preeminencia absoluta del derecho internacional de los derechos humanos, en caso de conflicto con el derecho interno.
4. La potestad jurisdiccional de un tribunal internacional nace del consentimiento del Estado.

Características de los tratados en materia de los derechos humanos:

1. Auto ejecutividad de las normas de los tratados: consiste en la posibilidad de aplicar sus disposiciones directamente en el derecho interno, sin necesidad de un desarrollo legislativo previo.

2. Si a una misma situación le son aplicadas las normas de diferentes tratados, debe prevalecer la norma que sea más favorable a la dignidad y protección de los derechos esenciales de la persona humana.

Los órganos constituidos o el poder constituyente derivado carecen constitucionalmente de competencia, para modificar o derogar los tratados de derecho humanitario internacional. Las normas de derecho interno y de derecho internacional sólo reconocen y aseguran derechos, no los constituyen, no los crean.

3. Principio de intangibilidad de los tratados: el poder constituyente derivado no puede derogar un tratado. La voluntad de las Constituciones es otorgarle a los tratados en materia de derechos humanos un tratamiento, de preferente aplicación respecto de las normas de derecho interno y una modalidad de interpretación distinta a los otros tratados internacionales.

Hay un consciente abandono de la dogmática en materia de derechos constitucionales y se asume una nueva dogmática de derecho de los derechos humanos con sus dos vertientes:

Derecho nacional y derecho internacional.

Sistema de recepción del derecho internacional en derechos humanos:

1. Requiere de aprobación parlamentaria y ratificación presidencial para incorporarse al ordenamiento jurídico.
2. La Constitución no determina el rango de los tratados; deben someterse a los trámites de una ley para su aprobación.
3. Los derechos humanos son límites a la soberanía estatal.
4. Los derechos humanos son la expresión de la idea de derecho del constituyente y no puede ser afectada por el poder constituyente derivado (sólo puede mejorar la situación).
5. Las normas internas que contravengan el derecho internacional pueden ser objeto de requerimiento ante el tribunal constitucional.
6. La protección internacional opera con carácter subsidiario o complementario en caso de incumplimiento, por el Estado, de los compromisos.

Cap. V: La Justicia Constitucional como expresión de la Defensa de la Constitución

Supremacía constitucional: la Constitución se encuentra en la cúspide del ordenamiento jurídico, establecida como decisión política del poder constituyente y sólo puede ser modificada por este.

La supremacía constitucional obtiene su garantía jurídica de la suprallegalidad, que está mejor protegida cuando se prevé un procedimiento especial de modificación y derogación (rigidez constitucional).

Defensa jurídica de la Constitución: conjunto de instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional, como para prevenir su violación y reprimir su desconocimiento; y lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales en un doble sentido: desde el punto de vista de la Constitución formal y material.

Tiene por objeto no sólo el mantenimiento de las normas fundamentales, sino también su evolución y su compenetración con la realidad política, para evitar que el documento escrito se convierta en una simple formula nominal o semántica (de acuerdo a Loewenstein).

La defensa de la Constitución comprende garantías constitucionales y protección de la Constitución

Garantías constitucionales: medios jurídicos procesales, dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando él mismo ha sido desconocido o violado.

Justicia constitucional: conjunto de instrumentos y garantías constitucionales que limitan y controlan el poder del gobierno.

Hay 3 tipos:

a) Jurisdicción constitucional de la libertad: conjunto de instrumentos para proteger los derechos humanos, de carácter procesal, para prevenir y reprimir amenazas y violaciones a tales derechos (recurso de amparo, acción de protección, recurso de indemnización por error judicial).

b) Jurisdicción constitucional orgánica: comprende los instrumentos destinados a resolver conflictos de competencia entre órganos.

c) Jurisdicción constitucional transnacional: comprende órganos de solución de conflictos en el orden internacional; el nacimiento de un derecho internacional de los derechos humanos; y el establecimiento de Cortes de Derechos Humanos.

Jurisdicción constitucional: es un mecanismo de defensa constitucional, de tipo institucionalizada y jurídica.

Carácter:

* **Control sea objetivo:** existe un orden normativo preexistente; que la valoración del objeto sometido a control está basada en razones jurídicas y que el órgano es independiente, imparcial y calificado.

* **Control sea necesario:** que sea solicitado; que anule, sancione o aplique la norma o acto controlado.

Requisitos para un control de constitucionalidad pleno o completo:

1. Una Constitución total o parcialmente rígida (distinción entre preceptos legales y constitucionales).
2. Un órgano de control independiente y autónomo de los órganos sometidos al control.
3. El órgano que controla debe estar dotado de facultades decisorias (la sentencia produce efecto jurídico vinculante).
4. Facultad de las personas interesadas de impugnar por sí mismas el acto constitucional.
5. Sometimiento de todo el sistema normativo estatal al control de constitucionalidad.
6. Plazo para que el órgano desarrolle el control.
7. Que la decisión produzca efecto *erga omnes*.

Sistema limitado o incompleto de control constitucional:

1. Requiere una Constitución total o parcialmente rígida.
2. Un órgano estatal que desarrolla el control.

Es incompleto por la falta de independencia del órgano de control, por la carencia de decisiones de carácter vinculante.

Modalidades de control constitucional

1. Aceptan o no el control

Sistemas negativos: no establecen sistema de control de constitucionalidad (Reino Unido).

Sistemas positivos: sí admiten sistema de control.

Pueden ser:

- * Sistema expreso: están establecidos en la Constitución.
- * Sistema implícito: se concreta por vía interpretativa (EE.UU.).

2. Criterio de naturaleza del órgano que realiza el control

Por órganos políticos: radica en el propio Parlamento.

Por órganos judiciales: ejercido por tribunales ordinarios de justicia. Pueden ser:

- * Control difuso: puede efectuarse por diversos tribunales ordinarios.
- * Control concentrado: sólo lo ejerce el órgano superior del poder judicial (Corte Suprema).

a) En virtud de su ámbito de acción:

- * Sistema de controles nacionales.
- * Sistema de controles internacionales o supranacionales.

b) En virtud de su composición:

- * Órganos letrados: compuestos de abogados y jueces.
- * Órganos legos: Consejo de Custodios en Irán; no letrados.
- * Órganos mixtos: compuestos por letrados y legos.

c) De acuerdo a su duración:

- * Tribunales permanentes: existencia continua en el ordenamiento constitucional.
- * Tribunales *ad hoc*: se constituye solo cuando se necesita para conocer y fallar.

3. Momento en que se realiza el control

Preventivo: antes de que la norma forme parte del ordenamiento jurídico y tenga carácter vinculante (*a priori*).

Represivo: cuando la norma ya forma parte del ordenamiento jurídico y tiene carácter vinculante.

a) Modo en que se activa el control:

- * Por vía de acción: se demanda la declaración de inconstitucionalidad, sin gestión judicial previa dentro del cual se plantea el tema (tribunal constitucional).
- * Por vía de excepción: desarrollándose una gestión judicial, una de las partes cuestiona la constitucionalidad de la norma.

b) Modalidad en que se expresa:

- * Control abstracto: quien promueve la acción no está vinculado por ninguna relación jurídica en que intervenga la norma supuestamente inconstitucional.
- * Control concreto: (por vía de acción directa) quien acciona tiene interés específico en la relación que interviene la norma supuestamente inconstitucional.

c) Según la forma de tramitarlo:

- * Control condicionado: si está subordinado a un preexamen que concreta un órgano distinto del que debe conocer y fallar la acción de inconstitucionalidad.
- * Control incondicionado: no hay otro órgano que haga un preexamen. Mismo órgano conoce, controla y falla.

d) Según sujeto que impulsa el control:

- * Control restringido: el mecanismo de acción no comprende la participación de particulares afectados por el acto considerado inconstitucional (norma limitada de entes autorizadas), y existiendo un número limitado de entes autorizados para requerir el control.
- * Control amplio: los particulares afectados están facultados para concurrir a los órganos de jurisdicción constitucional por sí mismos.
- * Control amplísimo: establecen que la acción popular y el órgano de control puede actuar de oficio sin mediar petición de parte.

4. De acuerdo al radio de acción del control de constitucionalidad

Control total: cualquier norma, acto u omisión estatal puede verse sometido a control de constitucionalidad.

Control parcial: se realiza respecto de las normas o actos estatales; o un control por omisión.

5. Función del efecto que produce la decisión

No vinculante: la sentencia de un tribunal no vincula a los inferiores.

Vinculante: si tiene efectos decisorios.

- * Efectos generales o *erga omnes*; la norma se excluye del sistema jurídico.

* Efectos *Inter Partes*: la norma continúa vigente y no se aplica al caso particular.

Efecto de los fallos en el tiempo:

* Efecto *ex tunc*: la declaración de nulidad tiene efectos hacia el pasado (carácter declarativo).

* Efecto *ex nunc*: la sentencia producía la anulación de la norma pro futuro.

Materias sometidas a control de constitucionalidad:

1. Control de preceptos legales: normas generales y permanentes emanados del poder legislativo, y, excepcionalmente, del poder ejecutivo.
2. Reglamentos, decretos y actos emanados de la potestad reglamentaria de la administración.
3. Decisiones jurisdiccionales: pueden ser contrarios tanto de fondo como de forma.
4. Actos jurídicos privados: testamentos o contratos. Pueden tener disposiciones contrarias a los principios constitucionales.
5. Tratados internacionales; puede requerir control de forma como de fondo, en el caso que se desee incorporar al ordenamiento jurídico, se debe modificar la Carta Fundamental o aprobar el tratado con un quórum de reforma constitucional.
6. Entes descentralizados políticamente y territorialmente.
7. Composición contenciosa sancionatoria: atribuciones en materia de atentados al ordenamiento democrático.

Formas de inconstitucionalidad

1. Incompetencia del autor: cuando invade la competencia reservada por la Constitución a otra autoridad.
2. Vicio del procedimiento: el acto no ha sido adoptado en las formas establecidas.
3. No correspondencia del contenido del acto con el contenido sustantivo de las normas constitucionales: contradicción entre norma constitucional y el acto subordinado.

Clasificación de la jurisdicción constitucional

1. Jurisdicción descentralizada no especializada: desarrollada por tribunales ordinarios de justicia.
2. Jurisdicción descentralizada especializada: órganos creados para concretar la defensa y supremacía constitucional y su supremacía formal y material, que se distribuyen en el territorio nacional.
3. Jurisdicción centralizada no especializada: órgano que constituye la cúspide de la pirámide de la judicatura ordinaria (Corte Suprema).
4. Jurisdicción centralizada especializada relativamente: sala especializada de la Corte Suprema de Justicia.
5. Jurisdicción centralizada y especializada en un tribunal único: se crea un tribunal, el que concreta la competencia de defensa del orden constitucional.

Modelos de control constitucional

1. Modelo original o duro

* Modelo Americano: acepta el control de constitucionalidad por un sistema de jurisdicción difusa (tribunales ordinarios); la norma se mantiene vigente en abstracto, ya que la sentencia posee eficacia limitada al caso concreto (se soluciona con el *stare decisis*); efecto *ex tunc*; el control se impulsa por vía de petición.

* Modelo Germano Austriaco: crea un tribunal constitucional con jurisdicción constitucional especializada, órgano independiente; hace un control preventivo; sentencia de carácter general; efectos *ex nunc* (futuro).

2. Modelo mixto: combinación del modelo americano y austriaco.

3. Modelo dualista: control difuso y uno concentrado.

Tipología y efectos de las sentencias emanadas de tribunales o cortes constitucionales en el derecho comparado

El valor jurídico de la sentencia. Efectos vinculantes o efectos no vinculantes

Vinculantes: su aplicación se realiza directamente.

No vinculantes: su aplicación no se realiza directamente, sino que las sentencias pasan a otra institución que se encarga de su aplicación.

El quórum para adoptar las sentencias: la regla general es que la decisión sobre los fallos sea adoptada por la mayoría absoluta de los magistrados que integren el tribunal o corte constitucional.

Valor y efectos de las sentencias de control preventivo de constitucionalidad: hay casos de Cortes o Tribunales Constitucionales que realizan esencialmente control preventivo de constitucionalidad de preceptos legales.

Valor y efectos de las sentencias de control represivo de constitucionalidad: respecto de las sentencias de los tribunales o cortes constitucionales realizadas en control represivo de constitucionalidad, producen cosa juzgada y efectos generales o *erga omnes* por regla general.

Las sentencias con efectos *ex nunc* o pro futuro: la sentencia anula la disposición legal contraria a la Constitución desde que se dicta la sentencia hacia el futuro, sin afectar las situaciones acontecidas con anterioridad a la sentencia respectiva. Así, la norma legal considerada inconstitucional es eliminada del ordenamiento jurídico desde su adopción.

Las sentencias con efectos retroactivos o *ex tunc*: las respectivas legislaciones regulan los efectos de las sentencias sobre las disposiciones legales consideradas inconstitucionales como de nulidad, los efectos son *ex tunc* o retroactivos por regla general.

Las decisiones de control concreto de constitucionalidad

Los tribunales ordinarios correspondientes quedan vinculados por las sentencias del tribunal constitucional desde que tienen conocimiento de tal decisión y las partes desde que son notificadas del respectivo fallo. En el caso de las sentencias sobre cuestiones de inconstitucionalidad, tienen valor de cosa juzgada, vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales. Las sentencias desestimatorias de inconstitucionalidad impiden cualquier planteamiento ulterior por la misma vía, fundado en la infracción del mismo precepto

constitucional. Estas técnicas están constituidas por:

Sentencias declarativas de inconstitucionalidad: esta técnica es utilizada en las decisiones de los Tribunales Constitucionales declarando el precepto legal inconstitucional, sin determinar la anulación ni la nulidad de dicha norma, lo que otorga al legislador la oportunidad de modificar la norma declarada inconstitucional manteniendo abierta la posibilidad de que el legislador configure la norma libremente dentro de los parámetros constitucionales.

Sentencias apelativas o exhortativas: son el resultado de la constatación de situaciones aún constitucionales, donde se hace una apelación al legislador para alterar la situación dentro de un plazo expresamente determinado por el Tribunal, con la consecuencia adicional, de sí ello no ocurre, el Tribunal Constitucional aplicará directamente el mandato constitucional en el futuro, pudiendo determinar la nulidad o anulación de la norma jurídica respectiva.

Sentencias interpretativas o condicionadas; tomando en consideración el principio de conservación de las normas legales, si estas dentro de alguna de sus interpretaciones son conforme a la Constitución, se busca conservar dicha norma legal determinando que ello es constitucional en aquella única interpretación de las diversas posibles, en la medida que ella es la única congruente con el texto constitucional.

Sentencias aditivas: las sentencias aditivas son aquéllas que declaran la ilegitimidad constitucional de la previsión omitida, que debería haber sido prevista por la ley. La omisión está dada por la carencia normativa que, a juicio de la Corte, hubiera debido existir a fin de que la norma, en su sentido global, no entrara en contradicción con las normas constitucionales parámetro. La sentencia aditiva posibilita que, en ciertos casos, pueda llegar a crear una norma por adición o sustitución de signo opuesto a la declarada inválida.

Sentencias integrativas: La omisión constitucional provoca una laguna, que el Tribunal Constitucional con su intervención debe integrar adecuadamente, supliendo la omisión inconstitucional, especialmente cuando ella afecta derechos constitucionales.

Sentencias de inconstitucionalidad parcial conectadas con el principio de igualdad: el Tribunal trata de restablecer la igualdad cuando se considera vulnerada, restaurándola al eliminar la situación discriminatoria. Tal es el caso en el cual se produce la declaración de inconstitucionalidad como consecuencia normal de la nulidad de lo impugnado, cuando se produce una ampliación de la norma a los grupos afectados por la discriminación (exclusión injustificada de un grupo que debería estar dentro del ámbito de acción de determinada normativa).

Segunda Parte

Los Tipos de Gobierno Constitucionales Democráticos

1. Introducción

Cada tipo o forma de gobierno se identifica por una determinada institucionalidad jurídica y política, una estructura de principios y relaciones que rigen entre el Gobierno (Ejecutivo) y el Parlamento o Congreso (legislativo), en una lógica específica propia.

Los regímenes políticos resultan de la interacción entre las normas, las instituciones y los comportamientos, como asimismo, los intereses, valores y principios que sostienen las diversas fuerzas sociales y políticas que interactúan con el gobierno.

2. El tipo de Gobierno de Asamblea o Convencional

El Régimen de Asamblea es un régimen de confusión de poderes, donde una Asamblea única detenta al mismo tiempo el poder legislativo y el poder gubernamental y donde no existe un órgano gubernamental distinto de la Asamblea.

El Ejecutivo, si es que existe, es nombrado por la Asamblea y compuesto por sus miembros, los cuales no pueden ser solidarios; tiene como función aplicar la política definida por la Cámara, sin posibilidad de discutir las órdenes recibidas; no tiene competencia de iniciativa de ley, tampoco puede disolver la Asamblea ni clausurar el período de sesiones de ella; sólo puede adoptar ciertas decisiones individuales de aplicación de las decisiones generales adoptadas por la Asamblea, cuando ella no las toma por sí misma; sus miembros son revocables en todo momento según el arbitrio de la Cámara.

Este régimen implica que la Asamblea es única, todopoderosa, concentrando en sus manos todo el poder político, pero ello sólo es así en razón de que ella, a su vez, se somete totalmente a la voluntad del pueblo, único detentador de la soberanía, por medio del mandato imperativo y del referéndum de iniciativa popular.

a. Características esenciales del Régimen de Asamblea

Existe una serie de rasgos esenciales que se han podido distinguir:

- a. Supremacía de la Asamblea, desde el punto de vista de soberanía, sobre todos los otros órganos estatales.
- b. La subordinación completa, del agente principal del Ejecutivo al Parlamento; el Ejecutivo es sólo un órgano de ejecución del poder legislativo.
- c. La Asamblea tiene un poder absoluto para nombrar y revocar los miembros de gobierno.
- d. Las acciones de la Asamblea son controladas únicamente por el cuerpo electoral a intervalos regulares.
- e. No hay separación de poderes, todos están, directa o indirectamente, controlados por la Asamblea.

Este régimen normalmente tiende a su degeneración cuando se le intenta aplicar, pues conduce a una anarquía que lleva a la dictadura, o en caso de una moderación de este régimen, lleva a una evolución del tipo presidencial o más o menos parlamentario.

La desviación dictatorial: cuando una Cámara numerosa pretende gobernar, su acción tiende a la anarquía, y luego se inicia el camino a la dictadura por la impotencia de la Asamblea para desarrollar la acción gubernamental. Ejemplos: Convención francesa de 1.792, *Rump Parliament* inglés de 1.649, Lituania (Constitución de 1.920) y Letonia (Constitución de 1.922).

Derivaciones moderadas: hay regímenes de asamblea provisionales que fueron derivando hacia regímenes de separación de poderes, ya sea rígidos o más o menos flexibles. Ejemplos: Asambleas Constituyentes francesas de 1.848 y 1.871.

3. El Régimen Presidencial de los Estados Unidos de Norteamérica

a. Introducción

La Constitución Federal de los Estados Unidos de Norteamérica (1.787) se concretó a partir de compromisos y recurriendo a las soluciones constitucionales que le brindaba la madre patria como ejemplo. El régimen presidencial en sus inicios no es más que la monarquía limitada trasladada a un cuadro republicano, donde se reemplazó al monarca por un Presidente de la República elegido.

Su interés por evitar la tiranía los llevó a fraccionar el poder, en diverso órganos, estableciendo entre ellos un sistema de frenos y contrapesos (*checks and balances*), los cuales son ocho: los Estados federados y el gobierno central; la Cámara de Representantes y el Senado; el Ejecutivo y el Legislativo; el Poder Judicial y los otros poderes; el Senado y el Presidente de la República; el pueblo y los lectores secundarios.

USA es un Estado republicano, federal y democrático representativo, basado en la supremacía legal, con una rígida interpretación de poderes y la idea de la Constitución como documento escrito y rígido.

b. Características del gobierno presidencial

El tipo de gobierno presidencial establece la estabilidad del Poder Ejecutivo, dirigido por el Presidente de la República, que es, a la vez, Jefe de Estado y Jefe de Gobierno, el cual nombra sus colaboradores inmediatos (Ministros), los que son libremente removidos por él, en la medida que ellos son sus consejeros y subordinados. La permanencia del gobierno es independiente del juego de las mayorías parlamentarias, ya que éstas no pueden censurarlo y obligarlo a dimitir por razones políticas, como el Ejecutivo no puede disolver el Parlamento. La responsabilidad del Jefe de Estado es sólo ante el pueblo que lo eligió.

Existe una separación de funciones de carácter relativo; se establece el principio de la independencia jurídica recíproca de los poderes del Estado, así como el de la incompatibilidad de los cargos ministeriales con las funciones parlamentarias.

c. El Poder Ejecutivo

El Poder Ejecutivo está en manos del Presidente de la República; su elección se realiza por un colegio electoral elegido por el pueblo y formado por un número igual de electores designados por el distrito Federal (son 538 en total).

La elección de Presidente pasa por diversas etapas

1. Se presentan los diferentes aspirantes a la nominación por cada partido como candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República.
2. Se designan los delegados de la Convención Nacional de cada partido, lo que se realiza a través de elecciones primarias. A ellas concurren candidatos, los que anuncian previamente el apoyo a uno u otro de los precandidatos presidenciales.
3. La convención nacional de cada partido elige sus candidatos oficiales a la Presidencia y Vicepresidencia de la República.
4. Se eligen los electores presidenciales el primer martes después del primer lunes de noviembre. Los candidatos a electores anuncian a qué candidato presidencial comprometen su voto en caso de ser elegidos. Los electores presidenciales son elegidos en cada Estado el segundo lunes de noviembre, por un sistema de escrutinio mayoritario de lista, ello significa que la lista que obtiene más votos elige todos sus candidatos.
5. El Colegio de Electores Presidenciales realiza la elección de Presidente y Vicepresidente de la República en el mes de diciembre del año correspondiente; para ello se reúnen los electores presidenciales en la capital de su respectivo Estado para emitir su voto.

Los votos de Presidente y Vicepresidente se emiten por separado. En caso de no alcanzar dicha mayoría, la Cámara de Representantes elige entre los tres candidatos que hayan obtenido mayor número de votos.

El Presidente y Vicepresidente de la República que sean elegidos asumen un mandato que dura 4 años.

Las competencias del Presidente de la República: detenta la plenitud del poder gubernamental; es el Jefe Supremo de la Administración y el Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas; ejerce, a su vez, el poder reglamentario, y vela por la correcta ejecución de las leyes.

Estas tareas las ejerce con el auxilio de numerosos organismos que le están subordinados, entre ellos sobresalen el Gabinete Ministerial y la Oficina Ejecutiva del Presidente.

El Gabinete está formada por el conjunto de Ministros que se denominan secretarios y los ministerios se denominan departamentos. Los Ministros son nombrados por el Presidente de la República con el acuerdo del Senado, el que da casi siempre su aprobación a los nombramientos del Presidente. Los secretarios de Estado (Ministros) desarrollan y ejecutan la política diseñada y aprobada por el Presidente.

El Presidente y las relaciones internacionales: en este ámbito sus competencias son la conducción de las relaciones diplomáticas (apoyado por el Secretario de Estado), el nombramiento de embajadores y cónsules (con el consentimiento senatorial), el reconocimiento de los Estados y negociación y conclusión de los tratados internacionales.

Los poderes militares del Presidente: tiene el mando supremo de las Fuerzas Armadas; más de un centenar de estatutos aprobados por el Congreso en diversas fechas transfieren al Presidente poderes especiales extraordinarios en caso de crisis o de guerra (*Statuary War Powers*). En tiempos de guerra, el Presidente tiene poderes casi dictatoriales y se constituye en el jefe real de las Fuerzas Armadas y del esfuerzo bélico que el país afronta. Si bien sólo el Congreso puede declarar la guerra en término de la Constitución, ella puede ser provocada por el Presidente o declarada por este como una situación de hecho.

Las competencias del Presidente en relación con el proceso legislativo: no tiene competencia para disolver el Congreso, como este último tampoco puede obligar al Presidente a retirarse del cargo por razones políticas. Los principales medios de acción que posee el Presidente en relación con el proceso legislativo son el derecho de mensaje, el veto legislativo, la sanción de las leyes y la convocatoria a sesión extraordinaria.

* **Derecho de mensaje:** la Constitución estadounidense autoriza al Presidente para recomendar a la consideración del Congreso, las medidas que juzgue necesarias y oportunas, y en ocasiones extraordinarias reunir las dos Cámaras o una de ellas, para dirigirles la palabra.

* **Derecho de veto:** el derecho de veto es la otra arma que tiene el Presidente, respecto del Congreso, como medio de presión; cuando el Presidente veta un proyecto de ley, el Congreso sólo puede superar dicho veto por la mayoría de los dos tercios de cada una de las Cámaras. Puede ser un veto suspensivo o total. El plazo para interponer el veto es de días, luego la ley se entiende ejecutoriada. El veto norteamericano puede clasificarse en expreso o de bolsillo.

Expreso: es el que, efectivamente, hace presente el Presidente enviando de vuelta el proyecto al Congreso para su nueva revisión del texto.

Bolsillo: deriva de la idea de que el Presidente puede guardarse el proyecto en el bolsillo y dejar pasar el tiempo, ya que sólo el transcurso del tiempo ante el cierre del período de sesiones del Congreso dejará sin efecto, automáticamente, al proyecto de ley.

d. El Poder Legislativo

Frente al Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica se encuentra el Congreso, el que detenta el Poder Legislativo.

Las legislaturas de los Estados: las legislaturas estatales, tanto por sus funciones como por su

reclutamiento, constituyen órganos de nivel secundario. Sus períodos de sesiones son cortos, salvo en los Estados más importantes, y se realizan una vez cada dos años.

El Congreso Federal: está compuesto por dos Cámaras. El sistema bicameral norteamericano es igualitario o perfecto, vale decir, ambas Cámaras juegan el mismo rol legislativo, sin que exista una preeminencia de una sobre la otra. El Congreso tiene por finalidad definir las normas jurídicas que deben seguir los Estados Unidos de Norteamérica, declarar la guerra en caso necesario y establecer la legislación sobre las materias que exija el esfuerzo bélico, además de aprobar las enmiendas constitucionales y el presupuesto.

El Senado: está formado por dos representantes por cada Estado federado, los cuales son elegidos por el cuerpo electoral del Estado pertinente por un período de seis años. Para poder ser elegido Senador se requiere tener como mínimo 30 años de edad y nueve años de nacionalidad norteamericana.

El Senado se renueva por tercios cada dos años, elección que se realiza al mismo tiempo que la elección de representantes, es presidido por el Vicepresidente de la República, quien es sustituido en la presidencia del Senado por un Presidente *pro tempore*, en caso de ausencia o ante el hecho de que deba ocupar el cargo de Presidente de la República. El Presidente del Senado no toma parte en las votaciones, salvo el caso que deba dirimir un empate. El Senado acuerda para celebrar los tratados internacionales, dar su acuerdo para el nombramiento de ministros, jueces de la Corte Suprema, embajadores y cónsules y todos los funcionarios de los Estados Unidos de Norteamérica; respecto del nombramiento de los ministros de la Corte Suprema el Senado ejerce un control estricto.

La Cámara de Representantes: es elegida en forma proporcional a la población de los respectivos Estados; su composición total es de 435 miembros elegidos cada dos años. Los representantes se eligen por un sistema de escrutinio mayoritario uninominal.

El control del Ejecutivo por el Congreso: el control del Ejecutivo se realiza, fundamentalmente, a través de la aprobación de las leyes que financian la política gubernamental, a través de las comisiones parlamentarias en las audiencias testimoniales o cognoscitivas (*hearings*); y la facultad de ejercer el *impeachment* (acusación constitucional). El control lo realiza el Congreso a través de las comisiones permanentes.

El *impeachment* consiste en la facultad que tiene el Congreso de acusar y juzgar al Presidente, al Vicepresidente y a todos los funcionarios civiles de los Estados Unidos de Norteamérica por los delitos de traición, cohecho y otras graves faltas o delitos. En el procedimiento del *impeachment* participan tanto la Cámara de Representantes como el Senado. La Cámara de Representantes acusa y el Senado actúa como juez, para cuyos efectos es presidido por el Presidente de la Corte Suprema (*Chief Justice*), si el acusado es el Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica.

e. Concepto y características básicas del tipo de gobierno presidencial

El tipo de gobierno presidencial es un sistema representativo democrático con un ejecutivo monista constituido por un Presidente de la República elegido por el pueblo (directa o indirectamente) por un período fijo, que desarrolla las funciones de Jefe del Estado, de Gobierno y de la Administración, donde el Gabinete o Ministros son ejecutores de la política presidencial. El Congreso desarrolla fundamentalmente competencias legislativas y fiscalizadoras de los actos del gobierno y la administración.

4. Los Gobiernos Presidencialistas de América latina

a. Rasgos comunes al presidencialismo latinoamericano

Éste es un régimen original que responde a una doble necesidad contradictoria; por una parte, de aportar al Jefe del Ejecutivo los medios de gobierno amplios que exige la situación particular de países en vías de

desarrollo, y, por otra, la necesidad de limitar dichos poderes en países que no se resignan a la arbitrariedad y el abuso de poderes, y desean ser auténticos Estados de Derecho Democráticos.

Factores de la preponderancia presidencial: la preponderancia presidencial en América latina ha buscado explicarse a través de diversos factores; por la tendencia a la personalización del poder en la persona del Presidente de la República, producto de un cierto grado de inmadurez política del pueblo, la manipulación del Congreso por el Presidente a través de favores electorales y la corrupción; por adaptarse a las necesidades de sus países, etc..

Las competencias legislativas de los Presidentes latinoamericanos: en América latina, el Presidente de la República es un órgano colegislador, a diferencia del Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica, disponiendo de una serie de atribuciones sobre esta materia, como son:

- * **La iniciativa de ley y la iniciativa exclusiva de ley;** mediante la iniciativa de ley, pueden orientar el trabajo legislativo del Parlamento de acuerdo a las prioridades del programa gubernamental en desarrollo, si cuentan con suficiente apoyo parlamentario; a través de la iniciativa exclusiva de ley, adquieren el poder de orientar los gastos públicos y la economía del país en general.

- * **El veto parcial y los quórum parlamentario para superarlo:** les permite mejorar o eliminar ciertos aspectos de los proyectos, sin comprometer la responsabilidad del rechazo en conjunto del proyecto.

- * **La habilitación legislativa del Presidente de la República:** esto le permite obtener la facultad de legislar por decreto por un período bastante largo en materias permitidas por la Constitución y delimitadas por el Parlamento.

- * **Los poderes extraordinarios o de crisis:** los poderes de crisis le permiten suspender algunas garantías constitucionales, adoptar medidas que se juzgan necesarias a la continuación de la política gubernamental y obtener competencias ejercidas por el Congreso, actuando como órgano legislativo.

b. Los resguardos del presidencialismo latinoamericano respecto del Presidente de la República

Los latinoamericanos, luego de entregar amplias facultades al Jefe del Estado, buscan evitar su transformación en dictador o tirano, a través de la limitación en su duración de un poder preponderante pero efímero. Ello se realiza a menudo por medio de tres técnicas:

- * **La duración limitada y fija del mandato presidencial:** el mandato presidencial en los regímenes presidencialistas latinoamericanos dura un período de cuatro a seis años.

- * **La regla de la no reelección inmediata del Presidente:** esta regla técnica constitucional tiene por fin impedir que los Presidentes latinoamericanos puedan presidir su propia reelección, situación que podría, por el cúmulo de poderes que posee, transformar un régimen democrático en un poder autoritario peligroso, por medio de una renovación de manera continua del mandato presidencial.

- * **La acusación constitucional contra el Presidente de la República:** uno de los principios fundamentales del constitucionalismo democrático establece que toda persona que dispone de un mandato que le da la calidad de órgano de los poderes públicos debe rendir cuenta de sus actos y asumir sus consecuencias. Los gobernadores son así responsables y ello dice relación con el ejercicio y la limitación de los poderes de estos.

5. Los diversos tipos de Presidencialismos democráticos en América latina

La diversidad de desarrollo socioeconómico, de desarrollo de la cultura política, de desarrollo educacional, de desarrollo científico técnico, como de experiencias políticas y variedad de ideologías y de sistemas de partidos

políticos, es posible distinguir distintas modalidades de presidencialismo democrático en América latina, algunas de las cuales son atenuaciones del presidencialismo, por lo que no podemos hablar de un presidencialismo latinoamericano.

A continuación, veremos los diferentes tipos de presidencialismo latinoamericano.

a. El presidencialismo puro

Se caracteriza por dar al Presidente de la República la función de órgano central del régimen político, con un carácter preponderante, el cual tiene como funciones esenciales el gobierno y la administración del Estado, con facultades colegisladoras e influencia en la designación de los miembros del Poder Judicial; los Ministros de Estado son designados y removidos libremente por el Presidente de la República. El Congreso es un órgano colegislador, con facultades fiscalizadoras, que puede llegar a destituir al Presidente de la República vía acusación constitucional, quien está limitado por la necesidad de la participación efectiva de los Ministros en las decisiones del Ejecutivo.

b. El presidencialismo parlamentario o atenuado

El Parlamento hace contrapeso al Jefe de Estado, quien debe tener en consideración la composición de éste para definir las orientaciones de la política gubernamental. El Parlamento está dotado de amplias facultades fiscalizadoras reales y tiene atribuciones para realizar interpelaciones, remover Ministros por los votos de censura o rechazo de las mociones de confianza.

c. Los presidencialismos dirigidos

Éstos tienen todas las características del presidencialismo puro, pero existen limitaciones que pueden ser voluntarias o impuestas a la libertad y a la participación de las fuerzas políticas en el gobierno del país.

6. El tipo de Gobierno Parlamentario y sus variantes

a. El desarrollo del gobierno parlamentario. El desarrollo del tipo de gobierno parlamentario se inició en Gran Bretaña en la primera mitad del siglo XVII, pero luego se desborda del cuadro británico a fines de dicho siglo en tres direcciones: las colonias británicas que van adquiriendo autonomía e independencia y se mantienen en la *Commonwealth* (Comunidad Británica de Naciones); los países de Europa occidental y septentrional (siglo XIX y principios del XX), Europa central, meridional y oriental (post Primera Guerra Mundial), ex países parlamentarios (post Segunda Guerra Mundial); países asiáticos occidentalizados (1.960).

b. Los caracteres estructurales esenciales del régimen parlamentario

Estos caracteres se pueden calificar en orgánicos y funcionales.

*** Caracteres orgánicos**

Existe una clara distinción entre Poder Ejecutivo y Poder Legislativo; en el Poder Ejecutivo se distingue la dirección jurídica y nominal del Estado, de la función gubernamental efectiva.

El Jefe de Estado está dotado de independencia funcional que proviene de la intangibilidad de su estatuto y de la situación de irresponsabilidad política. Este Jefe de Estado está investido de una función de representación del Estado, a lo cual se agrega eventualmente un rol de árbitro o de regulador del funcionamiento del régimen. El gobierno es un órgano constituido por los Ministros, designados generalmente por el Jefe de Estado y que son solidariamente responsables ante el Parlamento. El gobierno ejerce teóricamente sus funciones bajo la égida del Jefe de Estado, pero en la práctica el gobierno ejerce con autonomía amplia la función

gubernamental, la que no se limita a la ejecución de las decisiones del Parlamento.

El Parlamento es depositario de la función normativa superior, que consiste en la emisión de reglas según las cuales debe ordenarse la vida del cuerpo político; además, tiene la función de control político de la acción gubernamental.

La oposición en el Parlamento se presenta como freno, control y alternativa frente al gobierno en funciones en que es mantenido por la mayoría parlamentaria.

*** Caracteres funcionales**

Entre los órganos del Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo se establecen relaciones caracterizadas esencialmente por la existencia de medios de acción recíprocos de los cuales dichos órganos disponen; ellos son principalmente dos:

La responsabilidad del gobierno ante el Parlamento: los Ministros que conforman el Gabinete Ministerial son responsable políticamente de todos los actos que ellos desarrollen o en los cuales participen; esto tiene por finalidad mantener el acuerdo entre la política ministerial y la política de la mayoría parlamentaria, lo cual está temperado y equilibrado por el derecho del Ejecutivo de disolver el Parlamento o una de sus Cámaras.

El derecho de disolución del Parlamento por el Ejecutivo: esta institución, de carácter costumbrista, ha tenido una importante evolución y variadas aplicaciones en condiciones diversas.

d. Fisonomía general del tipo de gobierno parlamentario: el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo gozan de una posición sólida y de competencias y atribuciones amplias que deben permitir a cada poder impedir al otro poder que adquiera una preponderancia excesiva, combinando medios de acción recíprocos entre ellos, esforzándose en una colaboración de poderes, institucionalizando el diálogo entre el Gobierno y el Parlamento, así como entre las corrientes políticas de la sociedad.

e. Las dos concepciones de tipo de gobierno parlamentario en la doctrina constitucional clásica

Una de las concepciones de gobierno de tipo parlamentario (concepción dualista) ve en la aplicación del principio de separación de poderes, en su versión de flexibilidad y colaboración, el criterio central del mismo, en oposición a la separación rígida de poderes establecida por el régimen presidencial (Hauriou, Redslob).

La segunda concepción (concepción monista) considera que el elemento más significativo del gobierno parlamentario es la subordinación del Ejecutivo al Legislativo, el que se encuentra investido del poder de hacer leyes y de controlar el gobierno, o más bien de gobernar por intermedio de una comisión ejecutiva o gabinete (Bagehot, Carré de Malberg).

f. Clasificación de los tipos de gobierno parlamentarios, según la distribución de competencia

*** El tipo de gobierno parlamentario de cooperación ejecutiva:** en este régimen existe un amplio equilibrio de competencias entre el Jefe de Estado y el Gobierno. Ej.: Italia hasta la década de los ochenta.

*** El tipo de gobierno parlamentario de gabinete:** es este tipo de parlamentarismo hay un desplazamiento unilateral de competencias a favor del Jefe de Gobierno; el gobierno se transforma en el centro de impulsión de la vida política. Ej.: RFA, Reino Unido, Suecia, Noruega, España.

*** El tipo de gobierno parlamentario dualista contemporáneo:** en este tipo de parlamentarismo se produce un desplazamiento unilateral de competencias hacia el Jefe de Estado, lo que se da en regímenes dualistas republicanos. En todos los casos, salvo en Grecia, el Jefe de Estado, que es un Presidente de la República, es

elegido por sufragio universal. Ej.: Grecia, Austria e Irlanda

7. Los tipos de Gobierno Semipresidenciales europeos

La originalidad del régimen presidencial, concierne a la elección del Jefe de Estado, se trata de un Presidente elegido por sufragio universal.

Es semipresidencial sólo si combina tres elementos:

- a) El Presidente de la República es elegido por sufragio universal.
- b) El Presidente tiene considerables poderes.
- c) Se oponen a él, un Primer Ministro y Ministros, quienes ejercen funciones ejecutivas y gubernamentales y pueden estar en actividad sólo si el Parlamento no muestra oposición a ellos. Ej.: Finlandia, Francia Portugal; Croacia, Polonia Rumania y Moldavia.

a. El estatuto del Presidente de la República: los elementos esenciales que caracterizan el estatuto del Presidente de la República en los tipos de gobierno semipresidencial, son su investidura popular y el rol y competencias que le otorga la Constitución.

b. La elección del Presidente de la República: se caracteriza por su investidura popular; ello les permite ejercer los poderes que les otorga la Constitución con autoridad y legitimidad democrática, lo que les diferencia de los Presidentes de la República de los regímenes parlamentarios republicanos. Al ser el elegido del pueblo convierte al Presidente de la República en el igual del Parlamento, ejerciendo ambos sus poderes en nombre del pueblo que los ha elegido.

c. Las competencias del Presidente de la República: tiene un rol de moderador y de mediador; el Jefe de Estado es un árbitro, tomando la expresión en el sentido del ejercicio de una función por una autoridad exterior a las autoridades, susceptibles de entrar en conflicto, como un poder neutro habilitado para deshacer conflictos. También ejerce las funciones tradicionales de salvaguarda y de representación.

8. El tipo de Gobierno Semiparlamentario

Este tipo de gobierno se estructura en Israel, donde se combinan las potencialidades de un liderazgo de un Jefe de Gobierno que es un Primer Ministro elegido por sufragio universal a través de un sistema electoral mayoritario a dos vueltas (*ballotage*), que se elige simultáneamente con los parlamentarios que integran el *Knesset*, Parlamento unicameral debiendo encabezar la lista parlamentaria de su partido, todo ello sin perjuicio del mantenimiento de un Ejecutivo dual, por la existencia de un Jefe de Estado que es Presidente de la República.

9. El tipo de Gobierno Directorial suizo

a. La Asamblea Federal

Constituye la autoridad suprema de la Confederación; se compone de dos Consejos con iguales poderes: el Consejo Nacional y el Consejo de los Estados.

Consejo Nacional: se compone de 200 diputados; los cargos de diputados se reparten entre los cantones proporcionalmente a su población residente, cada cantón o medio cantón dispone al menos de un diputado, el cual es una circunscripción; estos son elegidos mediante un sistema o método de escrutinio proporcional.

Consejo de Estados: está compuesto de 46 diputados provenientes de los cantones; cada cantón nombra dos diputados; en los cantones divididos, cada medio cantón elige un diputado.

El bicameralismo es igualitario; los miembros de ambas Cámaras (Consejos) tienen iniciativa de ley, que se concreta mediante mociones, postulados e iniciativas parlamentarias. También se contempla iniciativa popular de ley de los cantones.

La Asamblea Federal elige los consejeros federales, el Canciller de la Confederación, los jueces Federales, los jueces del Tribunal Federal de seguros, y el general del ejército en caso de guerra.

El Parlamento cumple también una función de control, al ejercer la alta supervigilancia de la administración y la justicia federales, a través de las comisiones de gestión y de finanzas; la posible constitución de comisiones investigadoras; y del cumplimiento por parte del gobierno de su programa denominado líneas directrices de la política del Consejo Federal.

b. El Consejo Federal (gobierno federal) y Presidencia de la Confederación: el sistema de gobierno federal suizo es de tipo directorial.

El Consejo Federal: la autoridad directorial y ejecutiva superior de la Confederación es ejercida por este organismo, compuesto de siete miembros, constituyendo un Ejecutivo colegiado, donde cada uno de ellos tiene el mismo rango y poder formal, no existiendo una jerarquización al interior del gobierno.

Los miembros del Consejo Federal participan de las decisiones adoptadas por el gobierno colegiado, y, a su vez, dirigen un ministerio (Departamento). Dicho gobierno colegiado, no es responsable políticamente ante el Parlamento o Asamblea Federal.

El Consejo Federal ejerce colegiadamente las funciones de Jefe de Estado, Gabinete, Primer Ministro y Consejo de Estado, ya que también es la última instancia para juzgar los recursos administrativos.

Cada consejero federal dirige autónomamente su Departamento o ministerio, sin injerencia de los otros consejeros.

Presidencia de la Confederación: en el término del período gubernamental de cuatro años se turnan por un lapso de un año en la Presidencia y Vicepresidencia de la Confederación, que tiene un rol formal de presidencia de ceremonias, y presentación y acreditación de embajadores, entre otras materias.

Tercera Parte

Teoría de los Derechos Fundamentales o Derechos Humanos

1. Los documentos precursores y la positivación de los derechos individuales y políticos

Precursores de las modernas declaraciones de derechos son la Carta Magna de 1.215, el Habeas Corpus Act de 1.679 y el Bill of Right de 1.689, apareciendo como conquistas del pueblo frente al poder del Rey y no como derechos inherentes a las personas.

Las primeras manifestaciones de derechos de las personas concretadas en declaraciones con fuerza jurídica que el Estado debe respetar, asegurar y proteger, se generan como consecuencia de movimientos revolucionarios, como es el de la independencia de las colonias inglesas de Norteamérica y con la Revolución Francesa.

A continuación presentamos un resumen de la Constitución Norteamericana y sus diez primeras enmiendas.

Todos los hombres son libres e iguales, los cuales conforman un gobierno con el objeto de alcanzar el bienestar individual y colectivo, conservando en todo caso sus derechos que el gobierno debe respetar siempre. El gobierno surge del consentimiento del pueblo y la soberanía popular puede ser reivindicada utilizando incluso la violencia. La Constitución surge para asegurar y dar cumplimiento a estos principios, generándose un equilibrio entre los diferentes poderes, del Estado, produciéndose una interrelación y control recíproco.

La posición iusnaturalista racionalista con influencia cristiana ha sido asumida por las declaraciones de derechos de fines del siglo XVIII en Norteamérica.

a. Derechos de primera generación

Son esencialmente derechos individuales frente al Estado y derechos políticos de participación en el Estado, estableciéndose un límite interno a la soberanía y el ejercicio del poder estatal.

Estos derechos aparecen limitados a tutelar la vida e integridad física y psíquica de la persona, la libertad y la seguridad, la que incluye también los derechos de los ciudadanos a participar en la vida pública.

Estos derechos se fueron nutriendo bajo el modelo norteamericano, incorporándose a las constituciones liberales de Europa y América latina hasta la primera Guerra Mundial.

b. Derechos de segunda generación

Se desarrollan los derechos económicos, sociales y culturales, que transforman al existente Estado de Derecho Liberal en un Estado Social y democrático de Derecho, que buscan asegurar condiciones de vida digno a todos y acceso adecuado a los bienes materiales y culturales, basándose en los valores de la igualdad y solidaridad.

Estos derechos nacen en el período de entre guerras, marcados por el tiempo de la revolución bolchevique y del socialismo marxista en Rusia y hasta el término de la Segunda Guerra Mundial.

Nacen de una crítica al liberal individualista y al sistema económico capitalista por parte del liberalismo democrático, la socialdemocracia y el socialcristianismo.

La internacionalización y universalización de los derechos humanos cobra vida debido a la Segunda Guerra Mundial, la que generó la toma de conciencia general de la necesidad de control de la potencia del poder estatal por la comunidad internacional. La protección de los derechos humanos exige limitaciones a la potestad estatal y la soberanía, la que no puede ejercerse legítimamente amenazado, perturbando o privando a las personas del ejercicio de sus derechos, pues tales derechos son inherentes a la dignidad de ser humano y no una concesión que el Estado puede otorgar y quitar. Para esta protección se constituyen instancias internacionales de protección frente a la magnitud de los derechos humanos, tales como: Convención de la Haya (1.907); Convención de Ginebra (1.929); Cuatro Convenciones de Ginebra (1.949), Protocolos de 1.977; Carta de las Naciones Unidas; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (mayo 1.948); Declaración Universal de los Derechos Humanos (diciembre 1.948); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1.966); Convención Americana de Derechos Humanos (1.969); Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1.988); también se cuenta con una serie de convenciones o tratados destinados a brindar protección a ciertos grupos de personas más vulnerables (apátridas, mujeres, niños, etc.).

c. Derechos de tercera generación

En el ámbito internacional, se han desarrollado los denominados derechos de los pueblos, derechos solidarios o derechos colectivos de toda la humanidad, entre los cuales se cuenta el derecho a un medio ambiente sano o

libre de contaminación, el derecho al desarrollo, el derecho a la paz.

Estos derechos se han desarrollado en el último tercio del siglo XX.

2. La fundamentación de los derechos esenciales, fundamentales o humanos y su concepto

a. Filosofía de los derechos humanos

Ésta implica el estudio de los derechos humanos como valores fundamentales que concretizan la dignidad de la persona humana y las exigencias éticas de libertad, igualdad y paz en la vida en sociedad.

La democracia tiene su base fundamental en el aseguramiento, respeto, promoción y garantía de los derechos esenciales o derechos humanos.

b. Ideología de los derechos humanos

Constituye la concepción e idea de derecho que inspira una sociedad política de tipo personalista y una concepción de Estado instrumentalista que organizada en un sistema o régimen político democrático, asegura y otorga efectividad sociológica a tales derechos.

c. Ciencia de los derechos humanos

Es una rama particular de las ciencias sociales, que tiene como objeto estudiar las relaciones entre los hombres en función de la dignidad humana, determinando los derechos y facultades necesarias en conjunto para el desarrollo de la personalidad de cada ser humano (René Cassin).

Esta ciencia también recibe el nombre de Derecho de los Derechos Humanos (*Law of Human Rights*).

3. Fundamentación de los derechos humanos o fundamentales y su concepto

La fundamentación de los derechos humanos responde a la pregunta del por qué de los derechos humanos, mientras que el concepto responde a la pregunta del para qué de los derechos humanos.

a. La fundamentación iusnaturalista u objetivismo jurídico

Esta teoría sostiene la existencia de un derecho natural consistente en un ordenamiento universal que se deduce de la naturaleza humana, de donde se derivan derechos naturales como facultades que ostenta la persona como reflejo de un cierto orden normativo natural.

*** La corriente del derecho natural ontológico**

Estas concepciones parten de una ontología como ciencia del ser que reconoce los fundamentos metafísicos del orden moral, creando un orden natural objetivo y trascendente de contenido ético que participa del orden de la ley eterna, abarcador de todo el universo. Es en este orden natural y objetivo que tienen sus raíces los derechos humanos o fundamentales, el cual es accesible al conocimiento humano a través de la recta razón. El ser (natural) del derecho (natural) se constituye como deber del derecho (positivo).

Existen dos manifestaciones de estas concepciones.

Concepción tomista: la naturaleza humana en cuanto universal comprende a todos los seres humanos, sin distinción. El fundamento de los derechos humanos sólo puede encontrarse en la naturaleza humana, ya que únicamente ella está dotada de razón y libertad. La manera de ser social de la persona humana por la

inclinación natural a vivir en sociedad, corresponde a la ley natural, que comienza en lo más profundo de la naturaleza ontológica del ser humano. La ley natural es una realidad congénita de la persona.

La ley natural y la ley humana se encuentran ordenadas a la ley divina o natural, fundándose todo el ordenamiento jurídico en la autoridad de Dios. El verdadero derecho es, entonces, el derecho natural, el derecho positivo lo es de forma derivada, y sólo en la medida en que es coherente y armoniza con el criterio de justicia instituido por el derecho natural.

El derecho natural fundamenta los derechos humanos en la autorregulación del ser humano y su sociabilidad, en su naturaleza racional y libre. El derecho natural es aquél que la razón humana dicta e impone, es decir, es el conjunto de reglas universales referentes a la convivencia humana, formulados como juicios casi innatos y evidentes; es aquello que es adecuado absolutamente a la naturaleza humana. Expositores: Tomás de Aquino.

Concepción neotomista: el valor de la persona, su libertad, sus derechos, surge de las cosas naturalmente sagradas que llevan la señal del padre de los seres y tienen en sí el término de su movimiento. La naturaleza deriva de Dios, y la ley no escrita deriva de la ley eterna, que es la Sabiduría creadora. El único conocimiento práctico que todos los hombres tienen natural e infaliblemente en común es que es preciso hacer el bien y evitar el mal (el bien hay que hacerlo y perseguirlo y el mal evitarlo). Este es el preámbulo y el principio de la ley natural, pero no es la ley misma. Así los derechos humanos se derivan de la dignidad de la persona humana y ésta se funda en la ley natural.

Los derechos de la persona cívica también dependen del derecho natural y surgen de la constitución fundamental de la sociedad política, así como las libertades políticas y los derechos políticos; del mismo modo, los derechos humanos en el ámbito social, económico y cultural.

Expositores: Jacques Maritain, Doctrina Social de la Iglesia, Magisterio Universal de la Iglesia.

*** La corriente del iusnaturalismo racionalista y las teorías del contrato social**

Las teorías contractualistas constituyen construcciones teóricas que tienen por objeto explicar la existencia de la sociedad política en base a un pacto o contrato que se concretaría en el origen de la sociedad en forma de un acto jurídico revestido de conformidad voluntaria o aceptación de las personas.

Existen tres niveles del discurso contractualista; el primero sostiene que el pasaje del estado de naturaleza al estado de sociedad es un hecho realmente acontecido; el segundo manifiesta que el estado de naturaleza es una simple hipótesis lógica, con el fin de crear la idea racional o jurídica de Estado como deber ser; el último sostiene que el contrato social es un instrumento de acción política que tiene por objeto imponer límites a quienes detentan el poder.

Veremos algunas vertientes de este pensamiento.

El contractualismo clásico: el poder político nacido del pacto social va a obtener la legitimidad de su origen y ejercicio en el reconocimiento, defensa y protección de unos derechos naturales cuya procedencia se encuentra en una situación pre social o estado natural, y cuya justificación filosófica se halla en la existencia de un derecho deducido de la naturaleza del hombre, anterior en el tiempo a todo Derecho elaborado por las sociedades políticas realmente existentes y superior cualitativamente a las leyes positivas, tan superior que les otorga su validez moral y jurídica.

Expositores: Grocio, Pufendorf, Spinoza, Locke, Rousseau, Kant.

El neo-contractualismo: la legitimidad del poder político se encuentra en el reconocimiento, defensa y protección de los derechos humanos fundamentales, es decir, el contenido del contrato es siempre la mejor

forma de articular el respeto, ejercicio y garantía de los derechos humanos fundamentales, no los derechos humanos mismos, que como derechos morales, son previos al poder político y al Derecho.

Expositores: Dworkin, Rawes, Bobbio, Buchanan, Röd, Eusebio Fernández.

*** El iusnaturalismo deontológico contemporáneo o fundamentación ética o axiológica**

Los derechos humanos se fundamentan en el Derecho Natural, que se trata de principios jurídicos suprapositivos y objetivamente válidos, de juicio de valor de validez general y postulados que parecen tener un fundamento suficiente en la naturaleza humana.

La fundamentación ética de los derechos humanos como derechos morales busca explicitar la doble vertiente jurídica y ética de ellos, diferenciándose de la concepción iusnaturalista ontológica por el hecho de que al mismo tiempo que insistir en su especial importancia e inalienabilidad propugna la exigencia de reconocimiento, protección y garantías jurídicas plenas.

b. La fundamentación historicista de los derechos humanos

Los derechos humanos manifiestan un carácter variable y relativo a cada contexto histórico que las personas tienen de acuerdo con el desarrollo de una determinada sociedad.

Los derechos son históricos, variables y relativos; y tienen un origen social, son el resultado de la evolución y desarrollo de la sociedad, se gestan, desarrollan y modifican en la coyuntura histórica.

El fundamento de los derechos humanos de acuerdo a esta concepción se encuentra en las necesidades sociales y las posibilidades de darles satisfacción a la sociedad. No existe más fundamento de los derechos que la praxis histórico social, lo que otorga un fundamento de carácter relativo y circunstancial.

Expositores: Manuel Peris.

c. La fundamentación positivista

El positivismo sostiene que los derechos fundamentales son los que decide la voluntad del poder, aquellos que sean cual fuere su contenido se designan derechos fundamentales.

El positivismo centra su fundamento exclusivo en el Estado o en el derecho estatal, o en la voluntad del poder estatal. La piedra basilar de los derechos se encuentra en la codificación de los derechos humanos.

Expositores: Gerber, Kelsen, Jellinek.

d. El normativismo realista y crítico

Los derechos fundamentales son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, ciudadanos o capaces de obrar.

Expositores: Luigi Ferrajoli.

e. La fundamentación trialista de los derechos humanos

Al igual que las anteriores concepciones, el trialismo presenta diversos matices.

El trialismo jurídico de Reale y Goldschmidt

Para Goldschmidt, dentro de la teoría trialista aparece lo que denomina la declinación trialista, que consiste en someter cualquiera de los fenómenos jurídicos al triple tratamiento sociológico, normológico y dikelógico. El trialismo ha creado el Derecho Natural Mayor, a diferencia del derecho natural mayor que es obra de la Filosofía y la Teología.

Para Reale, en el derecho deben distinguirse los hechos, las normas y los valores; el derecho es una realización ordenada y garantizada del bien común en una estructura bilateral atribuida; integración validez social (o eficacia), validez ética (o fundamento) y validez técnico jurídica (vigencia).

Para el trialismo jurídico, donde hay un fenómeno jurídico hay un hecho subyacente, un valor que le da significado y una norma que los integra; estos factores no existen separados unos de otros; estos elementos se exigen recíprocamente y de su interacción dinámica y dialéctica resulta el modo de vida del derecho.

El fundamento trialista de Recasens Siches

El derecho es una vida humana obligada.

Una norma jurídica (sea cual sea su origen) encarna un tipo de acción que, luego de ser vivida o pensada por sus creadores, deja un rastro que se convierte en pauta normativa apoyada por el poder jurídico (por el Estado).

El trialismo de Germán Bidart Campos

Los derechos humanos cuentan con un fundamento ético, en la cual el valor justicia que, en su deber ser ideal, exige el orden de conductas (dimensión sociológica del mundo jurídico) y el orden de normas (orden normológico) da recepción (positividad) a los criterios de valor con signos positivos.

El trialismo de Gregorio Peces-Barba

El concepto de derechos fundamentales implica tres elementos básicos.

Una pretensión moral justificada, enraizada en las ideas de libertad e igualdad, la seguridad y la solidaridad.

Un subsistema dentro del sistema jurídico, el Derecho de los derechos fundamentales, donde la pretensión moral es convertida en norma justicia.

Los derechos sociales son una realidad social que están condicionados en su existencia por factores extrajurídicos de carácter social, económico y cultural que favorecen, dificultan o impiden su efectividad.

4. Consideraciones sobre la denominación de los derechos

a. Los derechos públicos subjetivos. Para Jellinek, el derecho subjetivo es la potestad que tiene el hombre, reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico en cuanto se dirige a un bien o aun interés. Desde una perspectiva formal, son pretensiones jurídicas que derivan de las cualificaciones concretas de la personalidad; desde una perspectiva material, son los que pertenecen al individuo en su calidad de miembro del Estado. Así, la fuente de los derechos subjetivos públicos es el Estado y el instrumento a través del cual se crean es el derecho objetivo.

b. Las libertades públicas. Ésta es una terminología derivada de la filosofía liberal (derechos individuales o civiles).

c. Los derechos humanos. Este concepto se reserva para denominar a los derechos de la persona, reconocidos

y garantizados por el Derecho Internacional, sea este consuetudinario o convencional.

d. Los derechos fundamentales o derechos constitucionales. Este concepto se reserva generalmente a los derechos de la persona que se encuentran reconocidos por el ordenamiento jurídico de un Estado en la Carta Fundamental. Se entiende por derechos fundamentales el conjunto de derechos y libertades jurídicas e institucionalmente reconocidos y garantizados por el Derecho Positivo.

5. Clasificación de los derechos

Clasificación de los derechos según su objeto y finalidad (Francois Luchaire)

*** Los derechos a la libertad:** comprenden la libertad individual, libertad de pensamiento y las libertades colectivas:

a. Libertad individual: libertad personal, respeto a la vida privada, inviolabilidad de las comunicaciones privadas, inviolabilidad del domicilio, libertad de los adultos para contraer matrimonio.

b. Libertad de pensamiento: libertad de conciencia, libertad de opinión e información, libertad de enseñanza y de cátedra.

c. Libertades colectivas: libertad de reunión, libertad de asociación, libertad de culto.

*** Los derechos a la igualdad:** comprenden: igualdad ante la ley, igualdad ante la justicia, igualdad ante los impuestos, igualdad ante los empleos públicos, igualdad ante los cargos públicos, igualdad de acceso a la educación básica, igualdad de sufragio, igualdad ante los hijos, igualdad entre mujeres y varones.

*** Los derechos políticos:** comprenden los derechos de participación en el poder y las garantías de libertad:

a. Participación en el poder: derecho de sufragio, derecho de acceso a cargos públicos de elección popular, derechos a participar en partidos políticos, consentimiento de los impuestos y control de gasto público, responsabilidad de los funcionarios públicos.

Clasificación de los derechos según el criterio del bien jurídico protegido y su finalidad (Peces-Barba)

*** Derechos personalísimos:** protegen la persona en sí misma, con independencia de su relación con los demás y la vida social, se protege al individuo aislado.

*** Derechos de sociedad, comunicación y participación:** son los que protegen a la persona en el ámbito civil, favoreciendo el libre tráfico entre todos sus miembros y su intervención en las relaciones sociales.

*** Derechos políticos:** son los que favorecen la participación de sus titulares en la formación de la voluntad estatal y en la configuración de los poderes y órganos públicos, del Estado y de las comunidades sociales.

*** Derechos de la seguridad jurídica:** tienen importancia social, lo que los diferencia de los derechos personalísimos, y se distinguen del grupo de derechos de sociedad, comunicación y participación, porque el referente comunitario se realiza al obtener el objetivo de protección individual.

*** Derechos económicos, sociales y culturales:** protegen determinadas dimensiones en el ámbito privado con contenido económico o cultural o permiten crear condiciones en esas dimensiones, favoreciendo el libre desarrollo de la personalidad a través de la elección de planes de vida, siendo inseparables de dimensiones económicas de escasez que los condicionan.

Clasificación de los derechos según el criterio de la forma de ejercicio de ellos (Peces-Barba)

* **Los derechos de no interferencia o autonomía:** suponen una protección del individuo frente a las acciones externas de los poderes públicos, de otros grupos o de otras personas que podrían impedir o dificultar su libertad de elección y su libertad moral.

* **Los derechos de participación:** son los derechos políticos y suponen una acción positiva de sus titulares que debe ser amparada y promocionada por el Estado y sus instituciones.

* **Los derechos de prestación:** suponen una acción positiva de los poderes públicos y excepcionalmente, de los particulares, para la satisfacción de necesidades básicas que no pueden ser resueltas con la propia fuerza del afectado, impidiendo el desarrollo moral y de los planes de vida de la persona.

* **Los derechos-deberes:** son los que su titular lo es también de un deber en relación con el mismo objeto, estamos ante un derecho que necesariamente debe ejercerse, no siendo disponible como otros derechos.

Clasificación de los derechos de acuerdo al criterio del tipo de relación jurídica que suponen (Peces-Barba)

* **Los derechos subjetivos:** se dan cuando frente al titular del derecho que es sujeto activo, existe un sujeto obligado por ese derecho (sujeto pasivo).

* **Un derecho es una libertad:** cuando el titular o sujeto activo tiene derecho a que nadie lo interfiera en el ejercicio del derecho.

* **Un derecho se constituye en potestad:** cuando su titular tiene el poder y puede producir efectos jurídicos que obligan a un sujeto pasivo mediante un acto determinado, en este caso, el sujeto pasivo se encuentra en una relación de superior frente al sujeto activo o titular del derecho.

* **El derecho es una inmunidad:** cuando su titular está exento respecto de los efectos de los actos de otro sujeto, siendo este último incompetente para alterar mediante dicho acto la situación jurídica del sujeto titular.

Clasificación de los derechos según las diferencias de estatus de las personas (Ferrajoli)

* **Los derechos humanos:** son los derechos primarios de las personas.

* **Los derechos públicos:** son los derechos primarios reconocidos sólo a los ciudadanos o nacionales.

* **Los derechos civiles:** son los derechos secundarios adscritos a todas las personas humanas con capacidad de obrar.

* **Los derechos políticos:** son derechos secundarios reservados sólo a los ciudadanos con capacidad de obrar.

Clasificación de los derechos según su estructura

* **Los derechos civiles y políticos:** son derechos instrumentales que permiten fundar y legitimar decisiones.

* **Los derechos de libertad y los derechos sociales:** son considerados derechos expectativas, sean negativas o positivas, implicando especialmente para el poder estatal o público, la prohibición de interferir en ellos o de realizar actividades prestacionales.

Clasificación de los derechos según los valores protegidos en ellos (Eusebio Fernández)

* **El valor seguridad–autonomía:** fundamenta los derechos personales y de seguridad individual y jurídica, considerando a la persona como autónoma, libre y responsable, siendo reconocida y protegida su personalidad.

* **El valor libertad:** fundamenta los derechos civiles–políticos, los derechos de libertad o derechos de las personas como ciudadanos y miembros activos de la sociedad política, cuyo núcleo es el derecho igual de todas las personas en ser libres, incluyendo los ámbitos de libertad negativa y positiva.

* **El valor de igualdad:** se derivan los valores de igualdad, fundamentalmente los derechos económicos, sociales y culturales, vale decir, aquéllos que amplían la idea de igualdad formal en igualdad de oportunidades y igualdad sustancial.

Clasificación de los derechos según los pactos internacionales

Otro criterio de clasificación de los derechos depende de su consideración por el derecho positivo, entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, culturales y sociales, como ocurre con la clasificación hecha por los pactos internacionales de derechos humanos.

Clasificación de los derechos según el bien jurídico protegido en Chile (CPR)

* **Derechos de la personalidad:** derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, protección de la vida del que está por nacer; derecho a la privacidad y a la honra; derecho a la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones privadas; derecho a la nacionalidad.

* **Derecho del pensamiento libre:** libertad de conciencia, de creencias y de culto; libertad de enseñanza y de cátedra; libertad de opinión y de información; derecho de petición.

* **Derechos de la seguridad jurídica:** igualdad ante la ley; igualdad en el ejercicio de los derechos e igualdad ante la justicia; libertad personal y derecho a la seguridad individual; igualdad en la admisión a empleos y funciones públicas; derecho a la igual repartición de los tributos y demás cargos públicos.

Derechos del desarrollo en el medio social: derecho a un medio ambiente libre de contaminación; derecho a la salud; derecho a la educación; derecho de reunión; derecho de asociarse; libertad de trabajo; derecho a la seguridad social y derecho de sindicación.

* **Derechos patrimoniales:** derecho a la libre actividad económica y derecho a la libre adquisición de bienes; derecho a no ser discriminado por las autoridades económicas; derecho de propiedad; derecho de propiedad sobre las creaciones intelectuales, artísticas e industriales.

* Puede señalarse como una categoría separada, los derechos políticos propiamente tales, ellos aseguran la participación política en el Estado: derecho a sufragio, derecho a ser elegido, derecho a asociarse en partidos políticos, derecho a optar cargos públicos no electivos.

6. Las características de los derechos esenciales o derechos humanos

a. Universalidad: todas las personas, vale decir, los seres humanos son titulares de derechos humanos, con independencia de su raza, color, sexo, religión, ideología, nacionalidad o condición social.

b. Supra y transnacionalidad: en la medida que los derechos humanos son inherentes a la dignidad de la persona humana, de ser humano, ellos no dependen de la nacionalidad ni el territorio en que la persona se encuentra; ellos limitan la soberanía o potestad estatal, no pudiendo invocarse esta última para justificar su vulneración o para impedir su protección internacional.

c. La irreversibilidad de los derechos humanos: consiste en la imposibilidad de desconocer la condición de un derecho como inherente a la persona humana, una vez que el Estado lo ha reconocido a través de un tratado internacional, ya que ellos son inherentes a la persona y el texto constitucional y el procedimiento señalado por éste sólo los asegura y garantiza.

d. La progresividad de los derechos humanos: los derechos están en constante evolución desde el momento en que surgió la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1.948, existiendo una tendencia hacia su más amplia protección.

e. La posición preferencial de los derechos: el Estado Constitucional y Democrático de Derecho implica que todo el Estado y sus diferentes organismos e instituciones se constituyen en función de la dignidad de la persona, el pleno desarrollo de sus derechos fundamentales y el bien común.

En el Estado Constitucional de Derecho siempre debe aceptarse la posición preferente de los derechos sobre el poder (*preferred rights position*). La persona es el objetivo y finalidad de toda la actuación estatal, estando el Poder Público al servicio de la dignidad y de los derechos de la persona humana.

f. La eficacia *erga omnes* de los derechos: el sistema de derechos asegurados posee una fuerza vinculante *erga omnes*, siendo plenamente aplicables no sólo a las relaciones particulares-Estado, sino también entre particulares, concepción que se institucionaliza claramente en nuestra Constitución a través de la acción constitucional de protección (acción de amparo en el derecho comparado), la que en algunos países se encuentra restringida sólo a las relaciones entre particulares y Estado.

Por la eficacia *erga omnes* los órganos estatales deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas en conformidad a ella; los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares e integrantes de dichos derechos como a toda persona, institución o grupo.

g. La fuerza expansiva de los derechos y el principio *favor libertatis*: la hermenéutica constitucional en tal sentido debe basarse en el principio *favor libertatis*, que da fuerza expansiva a los derechos, ya que en caso de duda, debe optarse claramente por la interpretación que mejor proteja, asegure y garantice los derechos humanos en su conjunto, en una estructura coherente y jerarquizada a la luz de los valores que los informan.

7. La doble naturaleza de los derechos fundamentales

En el Estado de Derecho Constitucional Democrático, los derechos constitucionales operan como derechos defensa frente al Estado, salvaguardando la libertad individual y, al mismo tiempo, se objetivizan operando como elementos del ordenamiento objetivo. Los derechos subjetivos de los derechos constitucionales no sólo otorgan una facultad a la persona sino también un estatus jurídico en un ámbito de su existencia.

Pero también cumplen funciones estructurales de gran importancia para los principios conformadores de la Constitución, es más, son la *conditio sine qua non* del Estado Constitucional Democrático.

8. La determinación de los derechos fundamentales o derechos humanos en el orden jurídico positivo

La determinación de cuáles son los derechos inherentes a la persona humana plantea el problema de los fundamentos filosóficos de los derechos humanos.

En nuestro sistema jurídico, no existe hermetismo constitucional sobre la materia por decisión del propio constituyente originario, el que estableció la limitación de la soberanía por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza de la persona humana, de lo que claramente quedó constancia en la historia de la Constitución.

A su vez, es necesario reconocer una categoría de los derechos esenciales o fundamentales que se encuentran implícitos, los que deben ser asegurados y promovidos por todos los órganos del Estado y cautelados jurisdiccionalmente por los Tribunales de Justicia, lo que es comúnmente aceptado en el derecho comparado.

9. El deber de los órganos del Estado de promover los derechos fundamentales

El constitucionalismo contemporáneo acentúa la voluntad política constituyente que establece preceptos que no sólo aseguran y garantizan la protección de los derechos fundamentales, sino también preceptos que obligan a los órganos del Estado y los poderes públicos a promover los derechos fundamentales, es decir, la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no haya una pretensión subjetiva por parte de alguna persona.

10. La interpretación e integración del sistema constitucional de derechos fundamentales

El sistema de derecho dentro de un Estado de Derecho Democrático goza de una completitud abarcadora, ya que el espacio en que existen normas dispone, como sustrato o estructura subyacente de principios, valores y razones históricas que son inherentes al orden normológico y que, por ende, son capaces de colmar e inundar sus lagunas en aquella zona donde hay derechos que carecen de normas, como asimismo, guía la interpretación de las normas que contienen derechos.

Los derechos no se constituyen en la norma positiva sino que ella sólo los protege, los asegura y los garantiza. Los derechos implícitos nos permiten considerar que no es necesario que un derecho esté configurado expresamente en la Constitución formal para ser derecho esencial, humano o fundamental.

Los derechos incorporados por vía de tratados deben ser cumplidos de buena fe y deben interpretarse conforme a la finalidad que ellos tienen. Así, la fuente interna y la fuente internacional de derechos se retroalimentan, logrando la optimización y plenitud del sistema, acogiendo el ámbito que más enriquece y garantiza el ejercicio de los derechos, que constituye el deber ser del Derecho.

11. La titularidad de los derechos fundamentales

Los derechos que la Constitución asegura, en su gran mayoría, son titulares de ellos todas las personas; mientras otros se aseguran sólo a los chilenos. Los derechos que no se aseguran a los extranjeros constituyen la excepción, que son los derechos políticos, lo que es regla general en el derecho comparado.

La titularidad de ciertos derechos corresponde también a las personas jurídicas o asociaciones de individuos, habiendo algunos que no pueden ser ejercidos por ellos debido, precisamente, a su naturaleza.

Un sujeto de derecho puede encontrarse respecto del derecho en una o varias situaciones jurídicas: titular del derecho, ejerciendo el derecho o defendiendo el derecho.

Los derechos esenciales son derechos que tienen a la persona como sujeto activo, y al Estado como sujeto pasivo.

12. La protección de los derechos fundamentales

El aseguramiento constitucional de los derechos debe ir acompañado de las respectivas garantías, vale decir, de los medios que aseguren la observancia efectiva de los derechos asegurados por la Carta Fundamental.

La clasificación de las garantías de los derechos

a. Las garantías nacionales y las garantías internacionales

Las garantías de los derechos pueden ser clasificadas, en una primera aproximación, en garantías nacionales y garantías internacionales, en el entendido que las garantías no se agotan en el plano interno del Estado, sino que trascienden al plano internacional o supranacional a través de distintas instituciones y mecanismos.

b. Las garantías primarias y secundarias (Ferrajoli)

Las garantías primarias constituyen las obligaciones (de prestación) o las prohibiciones (de lesión) de los derechos fundamentales que deben respetar y asegurar los demás, sea el Estado o terceros públicos o privados.

Las garantías secundarias constituyen las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, vale decir, las violaciones de las garantías primarias.

c. Las garantías genéricas internas de los derechos fundamentales

Estas garantías están representadas por los principios que definen al Estado Constitucional Democrático y que permiten mantener y caracterizar una visión integral de los derechos.

En primer lugar se encuentra la existencia y vigencia efectiva de una República Democrática; y la segunda, la existencia de un Estado de Derecho.

d. Las garantías específicas internas

Las garantías específicas son los distintos instrumentos de protección jurídica de los derechos. Se pueden clasificar en garantías normativas, de control o fiscalización, de interpretación y judiciales.

Las garantías normativas

Las garantías normativas de los derechos fundamentales o esenciales hacen referencia al principio de legalidad en sentido amplio, concentrando su significado en los derechos fundamentales, regulando su desarrollo y aplicación, como su reforma. Las principales son:

*** El principio de reserva legal:** una primera garantía normativa de los derechos se expresa en el principio de reserva legal que hace el constituyente para la regulación de los primeros. De esta manera, no sólo se reserva al legislador, sino que también se limita la libertad de acción del legislador en la regulación de los derechos fundamentales, el cual queda obligado a regular las materias objeto de dicha reserva.

*** El respeto del legislador al contenido esencial de los derechos:** la reserva de ley, para regular los derechos, se ve fortalecida en el art. 19 N.º 26 de la Carta Fundamental, por la obligación que tiene el legislador de no afectar los derechos en su esencia.

El legislador debe respetar la naturaleza jurídica de cada derecho que preexiste al momento legislativo y a los intereses jurídicamente protegidos.

*** La vinculación de los poderes constituidos por los derechos fundamentales:** todos los poderes públicos, lo que supone una vinculación negativa para el legislador en el sentido de no poder vulnerar el contenido esencial de los derechos y una obligación positiva, de respetar y promover a través de la legislación el desarrollo de los derechos.

Hoy son las leyes las que valen en el ámbito de los derechos fundamentales.

*** Limitación del legislador delegado:** otra garantía normativa de los derechos es que el ejecutivo, a través de los decretos con fuerza de ley, no puede afectar el régimen jurídico de los derechos y garantías

constitucionales.

*** El quórum agravado con que debe actuar el legislador:** también es una garantía normativa el quórum agravado establecido por el constituyente para regular determinados derechos constitucionales, a través de quórum calificado.

*** El procedimiento de reforma constitucional agravado para los derechos fundamentales:** es el procedimiento agravado de reforma para los capítulos I y III de la Constitución, previsto en el art. 116 de la Carta Fundamental.

e. Las garantías de control y de fiscalización

Las garantías de control y de fiscalización son los instrumentos parlamentarios encaminados a supervisar la incidencia que, en la esfera de los derechos fundamentales o esenciales, tienen la actividad de los otros órganos y funciones del Estado.

En el derecho interno, están las comisiones investigadoras de la Cámara de Diputados; la fiscalización de los actos de gobierno; la acusación constitucional por grave vulneración de la Constitución; y la acusación constitucional por abandono de deberes constitucionales.

En el derecho comparado, se encuentra el defensor del pueblo o defensor de los derechos humanos; las interpelaciones parlamentarias; y el ejercicio del derecho de petición.

f. Las garantías de interpretación

Las garantías de interpretación se refieren a los mecanismos destinados a garantizar que la interpretación de los derechos se haga para favorecer su ejercicio y su disfrute.

g. Las garantías institucionales

Es posible definir las garantías institucionales como factores determinados material y jurídicamente por la constitución y dotados de una función de ordenación en el seno del Estado y la sociedad.

h. Las garantías jurisdiccionales

La piedra angular de la defensa de los derechos esenciales se encuentra en el control jurisdiccional; sólo cuando existe tal control puede sostenerse la existencia de una protección de los derechos.

*** Por el Juez Ordinario**

Los tribunales de justicia constituyen la instancia natural y ordinaria que presenta más garantías para la protección de los derechos por su objetividad, imparcialidad y preparación profesional; para las personas constituyen el único medio institucionalizado ante el cual pueda reclamarse su efectividad ante actos u omisiones de los órganos públicos o de particulares que amenacen, perturben o priven de su legítimo ejercicio a los respectivos titulares de ellos.

*** Por Cortes o Tribunales Constitucionales**

En Chile no existe como en el derecho comparado una tutela en sede constitucional de los derechos fundamentales radicada en Cortes o Tribunales Constitucionales.

i. Las garantías internacionales de protección de los derechos fundamentales o humanos

En el caso de que los medios jurídicos internos de reparación de los derechos humanos no existan, se hayan agotado sin tener éxito o no sean tales medios efectivos, la protección de los derechos puede hacerse a través de los mecanismos internacionales, que tiene un carácter subsidiario y complementario correspondiente a los tribunales nacionales.

* El sistema universal de protección de los derechos humanos

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1.948, representa el acuerdo práctico de todos los pueblos y Estados, constituyendo el acuerdo de la humanidad en materia de derechos humanos.

En el seno de la ONU existe un conjunto de instituciones destinadas a proteger los derechos humanos, así como instrumentos protectores y garantizadores de éstos.

Se establece un mecanismo específico de control de los derechos humanos, que consta de dos ámbitos:

De información: cada Estado parte debe entregar informes periódicos sobre el cumplimiento en su propio ordenamiento jurídico, de las obligaciones que derivan de los tratados.

De reclamación: sólo es aplicable en el contexto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de su Protocolo Complementario, concretándose a través de denuncias de Estados partes y las denuncias de individuos de los Estados Partes contra los Estados.

Las demandas interestatales: éstas denuncias sólo son practicables por los Estados Partes que hayan autorizado la competencia del Comité de Derechos Humanos.

Procedimiento: A denunciante escribe a B denunciado; el asunto se ve en forma reservada; luego de 12 meses, el Comité informa los hechos y las resoluciones, si se produjo un acuerdo amigable; si no hay acuerdo, A y B se acogen a una Comisión Especial de Conciliación.

Las demandas individuales: se utiliza una vez agotadas todas las instancias jurisdiccionales del Estado denunciado, sin que el asunto haya sido sometido a otro arreglo internacional. El procedimiento concluye con un informe, sin que la persona afectada tenga derecho a obtener una reparación basada en tal informe.

* El sistema interamericano de protección de los derechos humanos

Éste se encuentra en el marco de la OEA, cuya Carta fue aprobada en 1.948, y en 1.969, en la Conferencia Interamericana Especializada de Derechos Humanos, se adoptó la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

La Convención se aplica a todas las personas sometidas a la jurisdicción de los Estados Partes; establece como organismos competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento por los Estados Partes, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos	Corte Interamericana de Derechos Humanos
Está integrada por miembros elegidos a título personal por la Asamblea General de la OEA, en una lista de candidatos propuestos por los Estados Partes.	Está integrada por siete jueces, nacionales de los Estados Partes, elegidos a título personal.
Deben ser personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos.	Son elegidos entre los juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúna las

No puede formar parte de la Comisión más de un nacional.	condiciones para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales.
Son elegidos por cuatro años y sólo pueden ser reelegidos una vez.	Nunca puede haber dos jueces de la misma nacionalidad.
Su función principal es la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos.	Son elegidos por un período de seis años y sólo pueden ser reelegidos una vez.
Pueden presentar peticiones a la Comisión cualquier persona o grupo de personas; una entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados de la Organización; los Estados Partes que reconozcan la competencia de la Comisión.	El quórum para las deliberaciones de la Corte es de cinco jueces. La Comisión comparecerá en todos los casos de la Corte.
Para que una petición sea admitida, requiere de algunos requisitos:	Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte; las personas no tienen este derecho; sólo pueden asistir los delegados designados por la Comisión, o para formular observaciones(cuando ésta inicia el procedimiento).
a. Que se hayan agotado e interpuesto los recursos de jurisdicción interna.	Para que un caso sea admitido en la Corte, es necesario que se hayan agotado los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50 de la Comisión.
b. Que la petición sea presentada dentro del plazo de seis meses, a contar de la trasgresión al derecho.	Se establece un procedimiento para interponer una demanda ante la Corte:
c. Que la materia no esté siendo vista por otro procedimiento de arreglo internacional.	a. La demanda se interpone ante la Secretaría de la Corte, una vez que se haya agotado el procedimiento de la Comisión.
d. Que en el caso del art. 44, la petición contenga el nombre, nacionalidad, profesión, domicilio y firma de o las personas que somete la petición.	b. Existen dos etapas: una escrita y otra oral.
Se dispone que a. y b. no se aplicarán cuando:	c. En la primera, se presentan las memorias y contamemorias, así como la réplica y la dúplica
1. No exista legislación interna del Estado para su protección.	d. Recibida toda la documentación pertinente, la secretaría de la Corte le entrega la información a los jueces de ésta.
2. Se prive al lesionado recurrir a los recursos de la jurisdicción interna.	e. La etapa oral consiste en la audiencia o vista pública, en la que se realizan la audiencia a las partes, la convocación de testigos y la realización de las pruebas.
3. Retardo injustificado sobre dichos recursos.	f. El proceso concluye con la sentencia, la cual es definitivo e inapelable.
Se establece la inadmisibilidad de peticiones por:	g. El fallo será notificado a las partes y transmitidos a los Estados Partes de esta Convención.
1. Falta de los requisitos antes señalados.	
2. No exponer hechos que caractericen una violación de derechos.	
3. Infundada petición o total improcedencia.	
4. Reproducción de una petición o comunicación ya examinada por la Comisión u otro organismo	

internacional.	h. Cuando hubo violación de un derecho, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados, y establece medidas de reparación, como la indemnización.
Se establece un procedimiento para la presentación de una petición (art. 48 a 50).	
a. Se solicita información al Estado denunciado, transcribiendo partes de la petición, el cual la entregará en un plazo determinado.	i. En casos urgentes, tomará medidas provisionales.
b. Se recibe la información y se examina, para ver si procede o no la petición; si no procede la petición, el caso se archiva	La Corte tiene también otras competencias:
c. También se podrá declarar la improcedencia de la comunicación.	1. Interpretación de la Convención y de los tratados de derechos humanos en los Estados americanos.
d. Si el expediente no se archiva, la Comisión realizará un examen del asunto y, de ser necesario, una investigación.	2. Asesoría sobre la compatibilidad entre una ley interna de un Estado Parte y los instrumentos internacionales.
e. Se podrá pedir a los Estados interesados cualquier tipo de información que contribuya a la investigación.	
f. Se pondrá a disposición de las partes interesadas una solución amistosa, fundada en el respeto de los derechos esenciales.	
g. En el caso de que se llegue a acuerdo, se redactará un informe para las partes involucradas y será comunicado a los demás Estados Partes.	
h. Si no se llega a solución, la Comisión redactará un informe privado; si en el plazo de tres meses no hay acuerdo, ésta podrá emitir, por mayoría de votos, su opinión y conclusiones.	

13. Las limitaciones legítimas a los derechos humanos

Se consideran legítimas ciertas limitaciones al ejercicio de los derechos asegurados en dos tipos de situaciones diferentes:

*** En situaciones de normalidad institucional:** el ejercicio de los derechos puede ser objeto de limitaciones o restricciones, en virtud de razones de orden público.

*** En situaciones de anormalidad institucional:** el orden constitucional e internacional de los derechos humanos posibilita el establecimiento de Estados de excepción constitucionales, bajo los cuales los gobiernos pueden restringir temporalmente algunos derechos (no pueden afectar los establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 27, y los del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 4).

a. El alcance y forma de las limitaciones ordinarias y el orden público

Éstas se basan en conceptos jurídicos determinados, tales como bien común, orden público, moral pública, utilidad o salubridad pública, seguridad pública, interés nacional, etc..

El orden público ha sido conceptualizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el conjunto de condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios.

Las limitaciones a los derechos sólo pueden concretarse de acuerdo al principio de reserva legal (sólo a través de leyes).

b. Las limitaciones extraordinarias a los derechos humanos en el marco de un Estado de Derecho Constitucional

El ejercicio de algunos derechos puede verse expuesto a restricciones o suspensiones temporales, frente a situaciones de guerra, graves alteraciones del orden público, catástrofes naturales o producidas por el hombre, entre otras hipótesis aceptadas, las que posibilitan el establecimiento de Estados de Excepción, que permite limitar el ejercicio de determinados derechos, cuando ello se constituye en el único medio para atender a situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática.

Los estados de excepción están sujetos a una serie de condiciones que deben ser cumplidas por los Estados y controlados por el sistema internacional de protección de los derechos humanos:

- * Ser estrictamente necesarios para atender y superar la situación de excepción o emergencia.
- * Sólo puede suspenderse las garantías que guarden estricta relación con las medidas excepcionales para atender la emergencia (proporcionalidad).
- * Las garantías deben quedar suspendidas el tiempo estrictamente necesario para superar la situación de emergencia (temporalidad).
- * Un núcleo esencial de derechos, ya señalados, jamás podrá ser suspendidos o restringidos.
- * El acto jurídico de establecimiento del estado de excepción debe publicarse a través de los medios oficiales del derecho interno del Estado y comunicarse a la comunidad internacional, de acuerdo a las pautas que señala la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

1

Amb. extrasocietal

Amb. intrasocietal