

UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

**REVISTA DE
DERECHO**

AÑO XLIV — Nº 165

ENERO - DICIEMBRE DE 1977

ESCUELA DE DERECHO

CONCEPCIÓN—CHILE

ALGUNOS PROBLEMAS TECNICO - JURIDICOS DE UNA NUEVA CONSTITUCION.

GUILLERMO SCHIESSLER QUEZADA
Profesor de Derecho Constitucional y Administrativo del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Chile en Valparaíso.

1.—INTRODUCCION.

2.—LA INTERPRETACION AUTENTICA DE LA CONSTITUCION.

3.—DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES PROGRAMATICAS Y DERECHOS HUMANOS.

4.—RETROACTIVIDAD E IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES PUNITIVAS Y DE LAS QUE ESTABLECEN MEDIDAS DE SEGURIDAD.

1.—INTRODUCCION

1.1 Cuando en un Estado en que regía una Constitución escrita, codificada y rígida triunfa un movimiento revolucionario que declara que uno de sus propósitos es establecer nuevas bases esenciales de la institucionalidad nacional, es natural que se pretenda por el nuevo Gobierno plasmar dicha institucionalidad nueva, en sus normas fundamentales, en una nueva Constitución.

1.2 Quienes deban adoptar las decisiones relativas a la aprobación de la nueva Constitución y antes que ella se apruebe quienes deban intervenir en la elaboración de anteproyectos o proyectos de la misma, deberán enfrentarse necesariamente con cuestiones o problemas de contenido preferentemente político y con cuestiones y problemas preferentemente técnicos, propios de la ciencia jurídica. Siempre o casi siempre cada problema presentará este doble contenido, pero mientras respecto de unos predominará el aspecto político, en otros predominará el aspecto simplemente jurídico.

Tanto unos como otros problemas son numerosos y es por ello que sería vana pretensión tratar de abordarlos en su totalidad en una Jornada de Derecho Público de reducida duración en el tiempo. En razón de esta circunstancia, en este documento de trabajo y eventualmente en alguna intervención oral que pudiera corresponder, nos limitaremos a referirnos a los que llamamos (aunque la denominación pudiera ser discutible) "problemas técnico-jurídicos" de una nueva Constitución y, entre éstos, sólo a tres de ellos.

1.3 Los problemas de la indicada naturaleza que se tratan en este documento de trabajo se limitan a los tres siguientes:

- 1º) La interpretación auténtica de la Constitución;
- 2º) Disposiciones constitucionales programáticas y derechos humanos; y
- 3º) Retroactividad e irretroactividad de las leyes punitivas y de las que establecen medidas de seguridad.

1.4 Respecto de cada uno de dichos problemas hemos preferido decir sólo lo razonablemente necesario, en aras de la mejor distribución del tiempo de las Jornadas y para facilitar su desarrollo. Siendo una reunión de especialistas en Derecho Público, no nos ha parecido en varios aspectos necesario referirnos a materias que se suponen conocidas ni extendernos en explicaciones detalladas, bastando destacar lo fundamental.

1.5 Respecto de las materias comprendidas en este documento de trabajo, globalmente y en síntesis, sostenemos la conveniencia de que al elaborarse una nueva Constitución, sobre ellas se consulten reglas expresas, superando omisiones hoy existentes en algunos casos o complementando o perfeccionando lo que hasta ahora ha existido en otros.

Más que pronunciarnos sobre las que estimamos alternativas más adecuadas respecto de los contenidos de las reglas, nos interesa destacar la conveniencia de que dichas reglas expresas existan en la nueva Constitución en forma clara y precisa, para evitar eventuales dificultades en su posterior interpretación, integración o aplicación.

1.6 En el tratamiento de los temas indicados recurriremos a los antecedentes propios de nuestra historia constitucional y de la jurisprudencia chilena preferentemente, sin perjuicio del empleo secundario de referencias de doctrina y Derecho extranjero.

2.—LA INTERPRETACION AUTENTICA DE LA CONSTITUCION

2.1 La interpretación auténtica de la Constitución plantea algunos problemas de técnica jurídica que tienen íntima relación con aquellos que presenta la misma clase de interpretación tratándose de las normas jurídicas de origen estatal en general y de la ley en particular, pero con algunas modalidades propias. Por ello pensamos que es conveniente aludir primero al concepto genérico de interpretación auténtica, en seguida referirnos a dicho tipo de interpretación en relación particular con la ley y, por último, abordar la interpretación auténtica de las normas constitucionales en particular.

2.2 Entre las diversas clasificaciones que pueden hacerse de la interpretación jurídica nos interesa recordar aquí la que la divide en doctrinal o privada, por una parte, y de autoridad pública por la otra; y la subdivisión de esta última en interpretación por vía de decisión particular o especial e interpretación auténtica o por vía de disposición general.

2.3 La interpretación auténtica o por vía de disposición general es la que proviene del mismo autor del precepto, se realiza mediante el mismo procedimiento de emisión de la norma interpretada (en lo posible) y precisa, de un modo generalmente obligatorio, el alcance y sentido de la norma que se interpreta.

ALGUNOS PROBLEMAS TÉCNICO - JURID. DE UNA NUEVA CONSTITUCION 77

2.4 En nuestro Derecho Nacional este tipo de interpretación no aparece sistemáticamente regulado, sino que solamente existe una base expresa de regulación tratándose de la interpretación auténtica de la ley, pero no de la generalidad de las normas jurídicas de origen estatal.

2.5 Refiriéndose exclusivamente a la interpretación auténtica de la ley, el artículo 3° del Código Civil dispone:

"Sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio".

"Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas que actualmente se pronunciaren".

De acuerdo con tal precepto, para que exista este tipo de interpretación respecto de la ley debe haber una equivalencia entre el acto interpretado y el acto interpretativo, es decir, este último debe emanar del mismo órgano emisor del primero y haberse ambos dictado conforme con el procedimiento de formulación de las leyes.

2.6 Tratándose de las leyes interpretativas, nuestra legislación establece el principio de su retroactividad en el artículo 9° inciso 2° del Código Civil.

Dicho artículo expresa: "La ley puede sólo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo".

"Sin embargo, las leyes que se limiten a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en éstas; pero no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio".

2.7 La interpretación legal auténtica o por vía de disposición general no está sometida a reglas sustanciales que obliguen a la autoridad que hace la interpretación. A pesar de esta falta de dichas reglas, la jurisprudencia ha sostenido que para que la interpretación de una ley se estime dada por el legislador y sea generalmente obligatoria, es preciso que aparezca en la ley interpretativa la intención de declarar el sentido de otra ley anterior (1).

Por otra parte, no ha existido de parte de nuestra jurisprudencia un criterio uniforme para considerar necesaria o no una declaración expresa del legislador para dar a una ley carácter interpretativo. (2)

Se ha fallado también que para calificar una ley de interpretativa ha debido existir previamente algún punto controvertido relativo a su sentido y alcance, de manera que si no ha existido controversia sobre la interpretación de una ley, sino uniformidad de pareceres, no podría una ley posterior atribuirse carácter de interpretativa de la primera. (3)

(1) Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Gaceta de los Tribunales, Tomo 30, Sección 1ª, pág. 93.

(2) Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Gaceta de los Tribunales, Tomo 34, Sección 1ª, pág. 127.

(3) Revista Fallos del Mes, N° 86, pág. 335.

Finalmente, se ha suscitado el problema de si basta una declaración expresa del legislador para atribuir a una ley la naturaleza de interpretativa; y se ha resuelto que tal declaración no basta, por lo que no es interpretativo el precepto que considera una situación nueva no prevista en la ley antigua (4) y que el uso de la palabra "aclárase" empleada en una ley refiriéndose a un precepto de otra anterior, no permite calificar a la ley ulterior de interpretativa si en el hecho modifica la antigua. (5)

2.8 Basta considerar las cuestiones suscitadas respecto de la interpretación auténtica de la ley aludidas en el número anterior y proyectarlas al campo de las disposiciones constitucionales para apreciar las dificultades que la falta de reglas expresas sobre la interpretación auténtica de la Constitución, consagradas en su propio texto, puede producir.

2.9 En nuestra historia constitucional encontramos algunos casos en que la Carta Fundamental ha dispuesto reglas expresas para su interpretación.

El artículo 132 de la Constitución Política de 1828 dispuso que "sólo el Congreso general podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de sus artículos".

El artículo 164 (155) de la Constitución de 1833 dispuso igualmente que "sólo el Congreso, conforme a lo dispuesto en los artículos 40 (31) y siguientes (6), podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de sus artículos".

Mediante la disposición recién citada se admitía expresamente en la Constitución de 1833 la interpretación auténtica de sus normas, pero no en una forma pura, sino mediante una simple ley ordinaria, esto es, mediante un acto que ni emanaba de aquel que había dictado la Constitución (Convención Constituyente) ni se sometía al procedimiento de aprobación que se había empleado para aprobar la Constitución.

Esto es explicable, puesto que tratándose de la interpretación auténtica de las normas constitucionales no puede generalmente aplicarse en toda su pureza el concepto que hemos dado anteriormente. En efecto, suele suceder que en la aprobación de una Constitución (y así ocurrió con la chilena de 1833) intervenga un órgano especial constituido exclusivamente para pronunciarse sobre la nueva Constitución y, una vez aprobada ésta, la función de dicho órgano se extingue, de manera que la duración de éste es esencialmente transitoria. Al no perdurar la existencia del órgano constituyente, resulta imposible en un tiempo ulterior contar con su existencia para que intervenga en la interpretación auténtica de las normas constitucionales que en el pasado aprobara. Desaparecido dicho órgano, consecuentemente tampoco es posible atenerse al procedimiento que él empleara para aprobar la Constitución con el objeto de interpretarla por vía de disposición general.

(4) Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Gaceta de los Tribunales, Tomo 47, Sección 1ª, pág. 215; y Tomo 56, Sección 1ª, pág. 46.

(5) Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Gaceta de los Tribunales, Tomo 61, Sección 1ª, pág. 429; y Tomo 67, Sección 1ª, pág. 46.

ALGUNOS PROBLEMAS TECNICO-JURID. DE UNA NUEVA CONSTITUCIÓN 79

Frente a esta imposibilidad no restaba, pues, a la Constitución de 1833 otra cosa que, o no haber consignado ninguna disposición sobre la materia en estudio o establecer —como lo hizo— un procedimiento diferente para la interpretación por vía general de sus preceptos.

Habiendo optado por esta última alternativa, nos parece que razonablemente no le quedaba al Constituyente sino recurrir al órgano y al procedimiento formador de las leyes o haber exigido para la interpretación generalmente obligatoria de sus preceptos el mismo procedimiento exigido para la reforma de la Constitución.

Don Jorge Huneeus comentando el citado artículo 164 (155) de la Constitución de 1833 decía: "Si la Constitución no hubiera conferido al Congreso procediendo conforme... a la ley, la facultad de resolver, de una manera general y obligatoria, las dudas que ocurrieran sobre la inteligencia de sus disposiciones, es claro que esa facultad habría sólo podido ejercerla el Poder Constituyente, porque sólo quien dicta un precepto puede interpretarlo de un modo general y obligatorio". (7)

2.10 La Constitución Política de 1925 no consultó ningún precepto expreso sobre la interpretación, por vía de disposición general, de sus propios preceptos, como lo había hecho la Constitución de 1833.

Al discutirse esta materia en la Sub-Comisión de Reformas Constitucionales en 1925 hubo opiniones discrepantes. Mientras la mayoría estimó inicialmente adecuado consignar una disposición expresa sobre la interpretación de la Constitución por ley de un modo generalmente obligatorio, don Romualdo Silva Cortés advirtió que habría peligro que se reformara la Constitución so pretexto de interpretarla. En la sesión de 17 de Mayo de 1925 se aprobó un artículo con el siguiente texto: "Sólo en virtud de una ley podrán resolverse de un modo generalmente obligatorio las dudas que ocurran sobre la inteligencia de algún artículo de esta Constitución".

Una semana después, en la sesión de 23 de Junio del mismo año, sin embargo, se acordó lisa y llanamente suprimir dicho artículo por el temor de que pudiera suscitar graves dificultades y que pudiera dar origen a una cuestión de competencia entre el legislador y la Corte Suprema, ya que podría suceder (se dijo) que cuando ésta estuviera conociendo de un caso particular, se dictara una ley que le impidiera fallarlo. (8).

No obstante haber guardado silencio en definitiva la Constitución de 1925 sobre esta materia, ello en la práctica no fue obstáculo para que se dictaran leyes ordinarias interpretativas de disposiciones constitucionales.

(6) (7) Sobre las leyes interpretativas de la Constitución de 1833 y problemas a que dieron origen, véase "Obras de don Jorge Huneeus". Tomo II: "La Constitución ante el Congreso" (2ª y última parte), Arts. 50 a 159 (59 a 168) y transitorios; segunda edición, Imprenta Cervantes, Santiago de Chile, 1891, págs. 395 y siguientes.

(8) Actas Oficiales de las Sesiones celebradas por la Comisión y Sub-Comisiones encargadas del estudio del Proyecto de Nueva Constitución Política de la República. Págs. 305, 306 y 326, 327. Imprenta Universitaria. Santiago de Chile, 1925.

Es particularmente interesante el ejemplo de la interpretación, de un modo generalmente obligatorio, que se hiciera por ley del alcance y sentido de los artículos 29 y 30 de dicha Constitución. (9) (10)

En virtud de una primera interpretación legal, contenida en el artículo 3° de la Ley N° 6.922, del año 1941, se estableció que "para los efectos de lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 29 y del artículo 30 de la Constitución Política del Estado, se entiende como funciones o comisiones de la misma naturaleza, las que se desempeñan como consejeros, directores o empleados en las instituciones semifiscales, empresas o entidades en que tenga intervención el Fisco, por aportes de capital, designación de miembros de los Directorios o Consejos o participación de utilidades. Se exceptúan las comisiones o funciones cuya designación corresponda a la Cámara de Diputados o al Senado".

Por el artículo 3° de la Ley N° 14.631, de 21 de Septiembre de 1961 (poco más de 20 años después de la dictación de la Ley N° 6.922), se dispuso interpretando nuevamente por vía de disposición general y obligatoria los citados artículos 29 y 30 de la Constitución de 1925: "Para los efectos de lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 29 y del artículo 30 de la Constitución Política del Estado, se entienden como funciones o comisiones de la misma naturaleza las que se desempeñen como consejeros, directores o empleados en instituciones semifiscales, instituciones o empresas fiscales autónomas o de administración autónoma, personas jurídicas creadas por ley en que tenga intervención el Fisco, por aportes de capital, designación de miembros de los Directorios o Consejos o participación de utilidades, y filiales de las entidades ya mencionadas".

Dicha norma interpretativa es análoga a la de la Ley N° 6.922, pero hace una enunciación más comprensiva y actualizada a su fecha de las entidades, añade las filiales de éstas, y omite la excepción que antes establecía. A juicio del distinguido constitucionalista don Alejandro Silva Bascuñán, el artículo 3° del precepto de la Ley N° 6.922 fue derogado tácitamente por el artículo 3° de la Ley N° 14.631. (11)

(9) El texto del artículo 29 de la Constitución de 1925, era el siguiente: "Los cargos de Diputados y Senadores son incompatibles entre sí y con los de Representantes y Municipales. Son incompatibles también con todo empleo público retribuido con fondos fiscales o municipales y con toda función o comisión de la misma naturaleza, a excepción de los empleos, funciones o comisiones de la enseñanza superior, secundaria y especial, con asiento en la ciudad en que tenga sus sesiones el Congreso".

"El electo debe optar entre el cargo de Diputado o Senador y el otro cargo, empleo, función o comisión que desempeñe, dentro de quince días si se hallare en el territorio de la República y dentro de ciento, si estuviere ausente. Estos plazos se contarán desde la aprobación de la elección. A falta de opción declarada dentro del plazo, el electo cesará en su cargo de Diputado o Senador".

(10) El artículo 30 de la Constitución de 1925, era el siguiente: "Ningún Diputado o Senador, desde el momento de su elección y hasta seis meses después de terminar su cargo, puede ser nombrado para función, comisión o empleo público retribuido con fondos fiscales o municipales".

"Esta disposición no rige en caso de guerra exterior; ni se aplica a los cargos de Presidente de la República, Ministros de Estado y Agente Diplomático; pero sólo los cargos conferidos en estado de guerra son compatibles con las funciones de Diputado o Senador".

(11) Alejandro Silva Bascuñán: "Tratado de Derecho Constitucional". Tomo II: La Constitución de 1925 —II—, pág. 31. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1963.

ALGUNOS PROBLEMAS-TECNICO - JURID. DE UNA NUEVA CONSTITUCION 81

2.11 Si se comparan ambas leyes interpretativas de los artículos 29 y 30 de la Constitución de 1925, o sea, el artículo 3° de la Ley N° 6.922 y de la Ley N° 14.631, parece ser que según la primera interpretación no se comprendían en las "funciones o comisiones de la misma naturaleza" las que correspondieran al ejercicio de cargos de consejeros, directores o empleados de las filiales de las instituciones semifiscales, instituciones o empresas fiscales autónomas o de administración autónoma, etc., ni aquellas funciones o comisiones cuyos titulares fueran designados por la Cámara de Diputados o el Senado. Por el contrario, conforme con la segunda interpretación tales funciones o comisiones quedaban comprendidas entre las de la misma naturaleza. El contenido de ambas leyes interpretativas resultaba, en consecuencia, parcialmente incompatible.

De aplicarse, pues, la regla de la retroactividad de las leyes interpretativas a la ley interpretada, las primeras deberían entenderse vigentes desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1925 y, por consiguiente, habrían coexistido dos interpretaciones parcialmente diferentes de unos mismos preceptos constitucionales simultáneamente en un mismo período. De estimarse, por el contrario, que la segunda ley interpretativa, en lo que estuviere en contradicción con la primera la hubiera derogado, aplicando la regla de la retroactividad de la ley interpretativa, la segunda, la ley N° 14.631 debería entenderse que había derogado la Ley N° 6.922, en lo pertinente, desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1925. La primera ley interpretativa, pues, debería entenderse que no había regido jamás, salvo que en ella se hubiere basado una sentencia judicial ejecutoriada y en este caso sólo para dicho efecto.

Cualquiera que sea el juicio crítico que tales conclusiones pudieran merecer, no deja de ser sugerente el problema serio que plantean las interpretaciones con alcance general, obligatorio y retroactivo de las leyes interpretativas sucesivas que contienen interpretaciones contradictorias de un mismo precepto.

2.12 En la práctica la interpretación auténtica de las normas constitucionales ha planteado en Chile algunos problemas, tanto bajo el imperio de la Constitución de 1833 cuanto bajo el imperio de la Constitución de 1925.

Bajo el imperio de la primera de las Constituciones recién citadas se planteó la cuestión de la fuerza que tenían las leyes interpretativas de la Constitución y si necesitaban, para ser derogadas, que se procediera conforme a las reglas relativas a la reforma de la Constitución, o si bastaba para modificarlas o derogarlas una simple ley común. "Cuestión es ésta —dijo don Jorge Huneeus— en que las opiniones han estado tan divididas y vacilantes que hasta las mismas personas han sostenido lo primero y segundo". (12)

Don Antonio Varas, en la sesión de la Cámara de Diputados de 17 de Octubre de 1857, razonó en el sentido que la disposición interpretativa de la Constitución se incorporaba en la disposición interpre-

(12) Véanse notas 6 y 7.

tada y no era lícito, en consecuencia, dar al artículo de la Constitución legalmente interpretado otra inteligencia que la que le había dado la primera ley interpretativa.

Don Manuel Antonio Tocornal y Grez, por su parte, sostuvo una opinión similar en 1865, sosteniendo que la ley interpretativa se incorporaba en la Constitución y adquiría la misma fuerza que ésta. Igual cosa sostuvieron en esa discusión don Federico Errázuriz y don Domingo Santa María.

Don Antonio Varas, don José Eugenio Vergara y don Jorge Huneeus sostuvieron, por el contrario, que era opinión errónea la que sostenía que las leyes interpretativas de la Constitución adquirieran la naturaleza de preceptos constitucionales y que, al revés, ellas no ligaban al legislador y que ni siquiera le ligaba el efecto retroactivo de la ley. En consecuencia, como don Jorge Huneeus particularmente lo expresa, las leyes interpretativas de la Constitución podían derogarse por otra ley, sin sujetarse al procedimiento de reforma constitucional, ya que el procedimiento formador de la ley que establecía la Constitución era aplicable a todas ellas, incluso las interpretativas de la Constitución, si no se había establecido expresamente otra cosa por el constituyente. Acentuando su afirmación el último de los nombrados se expresaba así: "Sería, por otra parte, tan absurdo ante los principios como chocante en el hecho, suponer siquiera que una ley formada como todas y sin sujeción a las reglas especialísimas que es menester observar para dictar un precepto constitucional, adquiriera este último carácter y no pudiera ser modificada o derogada sino como disposición fundamental. ¿A qué clase de lógica obedecería semejante sistema? Aceptado que fuera, podría resultar que una simple ley, so pretexto de llamarse interpretativa, derogara la Constitución, cosa que entre nosotros es de todo punto inadmisibles".

"No se puede argumentar (agregaba el señor Huneeus) en contra de nuestra opinión con el artículo 9° del Código Civil, pues él, como lo hemos dicho ya al ocuparnos en el artículo 133 (124) de la Constitución, es simple ley y no precepto constitucional; es valla para el juez, pero no para el legislador". (13)

Bajo el imperio de la Constitución Política de 1925 también se suscitaron algunos problemas en relación con la interpretación auténtica de las normas constitucionales.

El Consejo de Defensa Fiscal (hoy Consejo de Defensa del Estado) sostuvo, a propósito del artículo 3° de la Ley N° 6.922, que la ley en referencia era una ley interpretativa "y, por tanto ha de entenderse incorporada a la ley interpretada, en virtud de lo establecido en el inciso 2° del artículo 9° del Código Civil. De lo expuesto se deduce que su aplicación rige desde la vigencia de la ley interpretada". (14). Parece razonable pensar, aunque no lo expresara categóricamente así el Consejo de Defensa Fiscal, que interpretado el artículo 29 de la Constitución por el artículo 3° de la Ley N° 6.922, dicha interpretación debía aplicarse a los casos de parlamentarios que elegidos con anterioridad

(13) Véanse notas 6 y 7.

(14) Citado y transcrito por doña Jemmic Naranjo Quaglia: "Recopilación y Crítica de Informes emitidos por el Consejo de Defensa Fiscal que comprenden aspectos relacionados con la Constitución Política" (años 1926 a 1946). Mem. Lic. Editorial Universitaria, S. A. págs. 54 a 57. Santiago de Chile, 1964.

ALGUNOS PROBLEMAS TECNICO - JURID. DE UNA NUEVA CONSTITUCION 83

a dicha interpretación, ejercían sus cargos de tales al momento de dictarse la citada ley interpretativa. Ello en razón del efecto retroactivo de la interpretación auténtica que reconoce nuestra legislación. Sin embargo, por otra parte, resultaba un tanto absurdo que se exigiera a dichos parlamentarios la obligación de optar, por efecto de una ley interpretativa, cuando ya había pasado el plazo en que constitucionalmente podían hacerlo.

Otra solución habría sido no reconocer efecto retroactivo a dicha ley interpretativa, no obstante no contener ella regla que derogara expresamente para los casos por ella regulados la regla del inciso 2° del artículo 9° del Código Civil.

A pesar de lo dicho, se sostuvo en el Senado en 1941 y en 1945 que "las incompatibilidades de la Ley N° 6.922, no son aplicables a los senadores que se encontraban en ejercicio de sus funciones a la fecha de promulgación de esa ley". (15)

La Contraloría General de la República, por su parte, sostuvo que la "incompatibilidad entre cargo parlamentario y cargos fiscales y municipales de este artículo (el 29 de la Constitución), ampliada a cargos semifiscales por la Ley N° 6.922, impide nombramiento del congresal para tales cargos, desde su elección hasta seis meses después de la expiración del cargo de parlamentario, pero no afecta a los parlamentarios que desempeñaban tales cargos a la fecha de su elección". (16)

2.13 Los antecedentes expuestos parecen razonablemente suficientes para demostrar que la interpretación auténtica de la ley presenta en nuestro Derecho una serie de problemas, algunos de los cuales no se encuentran explícitamente resueltos en nuestra legislación y que si trasladamos la cuestión al ámbito constitucional, dichos problemas se extienden e intensifican, a falta de normas constitucionales expresas sobre el particular.

Es por ello que pensamos que quienes deban elaborar un anteproyecto de nueva Constitución deben enfrentarse a estos problemas y sugerir o proponer reglas constitucionales expresas sobre el particular.

Las cuestiones que deberían resolverse a nivel constituyente en esta materia son las siguientes:

a) Si procede o no la interpretación de la Constitución por vía de disposición general y con carácter obligatorio;

b) Si la respuesta a la cuestión anterior es afirmativa, si la norma interpretativa debe emanar del órgano constituyente y formularse de acuerdo al procedimiento empleado para aprobar la nueva Constitución o si, por ser ello imposible en la práctica, debe darse competencia a

(15) Comisión Especial, 25 Julio 1941. Boletín N° 11.166, Senado, Sesiones Ordinarias, año 1941, Tomo II, pág. 1.186. No recayó pronunciamiento del H. Senado. Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, 9 Julio 1945. Boletín N° 12.613. Boletín de Sesiones Ordinarias del Senado, 1945, Tomo I, págs. 670 y 713. Aprobado por asentimiento tácito.

Los antecedentes indicados aparecen citados en "Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas", Tomo correspondiente a "Constitución y Leyes Políticas", pág. 49.

(16) Oficio N° 6.004, de 1946, de la Contraloría General de la República. Citado en "Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas", Tomo correspondiente a "Constitución y Leyes Políticas", pág. 49.

otro u otros órganos y cuál debe ser el procedimiento para formar las normas interpretativas de la Constitución en tal caso;

c) Si la respuesta a la cuestión anterior correspondiere a la segunda alternativa prevista, si la norma interpretativa de la Constitución debe someterse en su formación al procedimiento de reforma constitucional o si basta una ley ordinaria;

d) Si la norma interpretativa de la Constitución tiene efecto retroactivo y se entiende incorporada al precepto que interpreta (respetando, sin embargo, las sentencias judiciales ejecutoriadas) o si carece de efecto retroactivo y regirá sólo para el futuro;

e) En el caso de atribuirse efecto retroactivo a la norma interpretativa de la Constitución, si se admiten o no las interpretaciones auténticas sucesivas;

f) Si se admiten interpretaciones auténticas sucesivas respecto de una misma norma constitucional, cómo operarán las siguientes a la primera en su efecto retroactivo, cuando cada interpretación auténtica atribuya a la norma constitucional interpretada un sentido y alcance diferentes y muchas veces absolutamente contradictorios; y,

g) Si la calificación de normas interpretativas de la Constitución hecha en forma expresa por el órgano competente puede ser revisada, con efectos particulares, en vía jurisdiccional.

Nosotros tenemos nuestras preferencias por algunas de las alternativas de solución indicadas precedentemente; pero lo que nos parece más importante es, desde el punto de vista de la técnica jurídica, que se establezcan normas expresas en el propio texto constitucional relativas a su interpretación auténtica que cubran las cuestiones antes enunciadas ya que esas cuestiones pueden producir conflictos, dudas y dificultades en la aplicación de la nueva Constitución.

3.—DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES PROGRAMATICAS Y DERECHOS HUMANOS.

3.1 Al elaborarse una nueva Constitución, quienes ejerzan el Poder Constituyente deberán adoptar ciertas decisiones sobre los derechos humanos que necesariamente deberán tener un contenido político. Por consiguiente, podrán desconocer tales derechos en una medida importante; podrán, por el contrario, reconocer su existencia con bastante amplitud o simplemente eliminar del texto constitucional toda regulación expresa sobre los mismos, dejando a la autoridad del legislador principalmente las decisiones incluso fundamentales sobre esta materia.

3.2 Parece ser el signo de los tiempos que con gran frecuencia las Constituciones reconozcan la existencia de múltiples derechos de las personas, calificadas preferentemente en la actualidad como "derechos humanos" y establezcan normas expresas para asegurar su legítimo ejercicio y garantizar a sus titulares la posibilidad jurídica de obtener en caso de violación, perturbación o amenaza de tales derechos la restauración de aquellos que han sido amagados o se teme fundadamente que lo sean.

3.3 En el caso de Chile ha sido tradicional que nuestras Constituciones hayan asegurado los referidos derechos con una amplitud y

ALGUNOS PROBLEMAS TÉCNICO - JURID. DE UNA NUEVA CONSTITUCION 85

una técnica jurídica progresiva. Por otra parte, reiteradas, solemnes y categóricas declaraciones de los más altos personeros de Gobierno y de quienes integran la Comisión Constituyente que está encargada de elaborar un anteproyecto de nueva Constitución Política, permiten pensar que en la nueva Constitución que se elabora se contendrá normas de reconocimiento y garantía de los derechos humanos. Esto justifica, en consecuencia, la preocupación por coadyuvar a que efectivamente en la práctica tales derechos puedan ejercerse legítimamente sin obstáculos innecesarios o indebidos que desvirtúen las disposiciones constitucionales sobre la materia en su aplicación práctica.

3.4 Uno de los obstáculos que suelen encontrar los titulares de los derechos humanos para su pacífico ejercicio son las comúnmente denominadas "disposiciones programáticas de la Constitución".

Los autores que se han preocupado de la teoría de las normas constitucionales admiten clases diversas de ellas: preceptivas y programáticas. Excepcionalmente alguno añade una tercera clase: las declamatorias.

Las disposiciones constitucionales preceptivas, a las que también a veces se denomina "disposiciones regla" o "disposiciones auto-ejecutables", son aquellas que al dictarlas el constituyente ha entendido establecerlas como normas jurídicamente obligatorias, de inmediata aplicación en el Estado de Derecho existente. Para su aplicación no suponen, en consecuencia, una transformación del derecho existente a través de una norma complementaria de inferior jerarquía. Puede decirse que las normas constitucionales preceptivas son completas y perfectas en todos los elementos de su formulación y que no requieren ulterior intervención del legislador, de manera que desde su entrada en vigencia deben recibir aplicación independientemente de reglamentaciones ulteriores.

Las normas constitucionales programáticas, denominadas también no auto-ejecutables o "disposiciones-programa" son aquellas que determinando el finalismo de la institución estatal, fijan un programa al legislador, según unos; o aquellas que enuncian principios generales y abstractos o que ordinariamente carecen de la concreción y plenitud propias del mandato jurídico susceptible de inmediata aplicación. Por ello requieren de la complementación de una ley ordinaria, capaz de tornarlas ejecutables.

Las llamadas a veces disposiciones constitucionales declamatorias que excepcionalmente también se mencionan, serían aquellas que representan simples declaraciones de principios que a lo más pueden constituir una orientación para la futura legislación, sin llevar imperativamente un contenido de inmediata aplicación y ni siquiera una promesa legislativa. Tendría este carácter, por ejemplo, el principio constitucional chileno actual en virtud del cual los hijos deben honrar a sus padres (art. 9° del Acta Constitucional N° 3). (17)

3.5 No ha faltado quien haya negado, al menos dentro de los límites del Derecho chileno vigente, la existencia de dichas disposiciones programáticas. En efecto, el distinguido iuspublicista don Eduardo Soto

(17) Véase Acta Constitucional N° 3

Kloss ha dicho textualmente sobre el particular: "Si en otros ordenamientos diversos del chileno, pudiera tener cabida tal vez la existencia de dichas "disposiciones programáticas", en Chile sostener su existencia además de ser un error jurídico de proporciones —como trataremos de demostrar—, involucra una insensatez por su carencia de racionalidad lógica. Para ello, valgan sólo dos consideraciones: una, de derecho positivo, la otra, dos ejemplos tomados del derecho comparado, ilustración suficiente para todo aquel que sepa lo que es el Derecho". (18)

3.6 Aun a riesgo de quedar entre quienes ignoran lo que es el Derecho, ya que tenemos una relativa discrepancia al respecto con el Profesor Soto Kloss, al estimar nosotros plausible en nuestro ordenamiento jurídico positivo la existencia de disposiciones constitucionales programáticas, pensamos que no es de utilidad aquí y ahora entrar a discutir el punto en cuestión, porque en esta oportunidad nuestro propósito tiende a asegurar en forma práctica el legítimo ejercicio de los derechos humanos y no a demostrar si científicamente existen o no en nuestro Derecho Constitucional las referidas disposiciones programáticas.

3.7 Sea que se concluya que tales disposiciones programáticas tienen efectiva existencia en el actual Derecho Chileno, o sea que sin tenerla en la práctica se proceda como si ellas existieran, el hecho es que a través de nuestra reciente historia constitucional se demuestra que determinadas disposiciones constitucionales no han sido aplicadas en razón de estimarse (erróneamente o no) que para su aplicación era estrictamente necesaria la existencia de normas legales complementarias, a las cuales expresamente, por lo demás, se había referido la Constitución.

Tres ejemplos serán bastante para no olvidar lo sucedido, ejemplos típicos en nuestra doctrina constitucional de "disposiciones programáticas incumplidas de la Constitución de 1925". Tales disposiciones fueron los artículos 20, 87 y 94 y siguientes de la citada Constitución.

La primera de tales disposiciones establecía: "Todo individuo en favor de quien se dictare sentencia absolutoria o se sobreseyere definitivamente, tendrá derecho a indemnización, en la forma que determine la ley, por los perjuicios efectivos o meramente morales que hubiere sufrido injustamente".

El artículo 87 de la Constitución de 1925 dispuso: "Habrá Tribunales Administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros Tribunales por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materia de ley".

Finalmente, los artículos 94 y siguientes de la Constitución de 1925 aludieron a la existencia de un órgano colegiado, la Asamblea Provincial, cuyas bases fijó el propio texto constitucional, pero cuya precisa composición, atribuciones administrativas y rentas debían ser determinadas por la ley.

(18) Eduardo Soto Kloss: "Amparo Judicial y Recurso de Protección". Separata Revista de Derecho Público. Año 1976 (N°s 19 - 20).

ALGUNOS PROBLEMAS TECNICO-JURID. DE UNA NUEVA CONSTITUCION 87

Parece evidente que los indicados Tribunales Administrativos ni las Asambleas Provinciales podían tener real existencia en nuestro ordenamiento jurídico sin las correspondientes leyes orgánicas. Podría tal vez atribuirse la plenitud de la competencia administrativa, a falta de dichos tribunales, a los jueces ordinarios, por la vía interpretativa; pero con ello, sin embargo, la disposición constitucional pertinente quedaba siempre sin aplicación en lo relativo directamente al funcionamiento de tales tribunales administrativos. Por mucho que el intérprete se esforzara, no habría podido tampoco hacer funcionar las citadas Asambleas Provinciales con las solas disposiciones de la Constitución sobre el particular.

En estos casos, pensamos que efectivamente existen disposiciones programáticas de la Constitución de 1925, en el sentido que para su efectiva aplicación requieren necesariamente de una complementación por ley ordinaria posterior.

Tratándose del artículo 20 de la Constitución de 1925 nos encontramos con que en este caso la disposición constitucional no se refiere a determinados órganos del Estado cuyo funcionamiento vaya a depender de la dictación de una ley complementaria del texto constitucional, sino del reconocimiento de un derecho de los individuos que se encuentran en la situación de hecho prevista por tal norma.

La doctrina jurisprudencial chilena (tanto judicial como administrativa) se ha inclinado a negar aplicación directa a los artículos de la Constitución cuando en ellos expresamente se alude para el ejercicio del derecho correspondiente a "la forma" o "en la forma y condiciones" que determine la ley.

En la vivencia de nuestro Derecho las bien o mal llamadas "disposiciones constitucionales programáticas" suelen quedar sin aplicación indefinidamente o por largo tiempo en virtud del silencio del legislador, silencio que podrá quizás calificarse de inconstitucional, pero que no por ello deja de ser negativamente de gran efectividad práctica.

Hay quienes creen ver la solución en la aplicación del inciso 2° del artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales, el que refiriéndose a éstos, expresa: "Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad ni aun por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su jurisdicción".

Tememos, no obstante la existencia de tal precepto, que nuestros tribunales sigan inclinándose a rechazar en definitiva las demandas de los particulares que pretendan ejercer los derechos reconocidos por la Constitución en los casos en que ésta se remita ampliamente a la ley, mientras tal ley complementaria no se haya dictado.

3.8 Frente a esta situación que se vive en la realidad jurídica nacional, parece necesario reforzar la inmediata aplicación de las comúnmente llamadas "disposiciones constitucionales programáticas", cuando se trata de derechos individuales, para convertirlas o hacerlas reconocer claramente como preceptivas, mediante la inserción en el texto constitucional de una disposición expresa que las haga inmediatamente aplicables, sin necesidad de ley complementaria y mientras ésta no se dicte. Se trata de desalentar, por así decirlo, los intentos doctrinarios o jurisprudenciales tendientes a eludir su inmediata aplicación por el silencio del legislador.

3.9 Naturalmente que la redacción que se dé al precepto correspondiente puede ser variada y al proponer en seguida una en particular por nuestra parte no pretendemos que necesariamente sea la mejor, sino simplemente facilitar el estudio de un texto que pudiera servir de fundamento para la finalidad perseguida.

Con el mero propósito indicado, proponemos como disposición que podría insertarse en una nueva Constitución la siguiente:

"La Constitución rige todas las materias a las cuales se refiere la letra o el espíritu de sus disposiciones".

"En ningún caso un derecho constitucional podrá ser desconocido en su esencia".

"Los derechos constitucionales rigen también para las personas jurídicas en tanto que por su naturaleza sean aplicables a las mismas".

"Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el Estado o las instituciones que de él forman parte podrán recurrir a la vía judicial. Si no hubiere otra jurisdicción competente para conocer de la acción o recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios".

"Los preceptos de la presente Constitución que aseguran, otorgan o reconocen derechos de las personas no dejarán de aplicarse por la falta de reglamentación legal complementaria, sino que ésta será suplida recurriendo a lo que dispongan las leyes para objetos análogos, y a falta de éstas, a los principios generales de derecho y a la equidad natural".

"Cuando se demanda al Estado o a alguna de las instituciones que de él forman parte, para exigir el cumplimiento de sus obligaciones o para hacer efectiva su responsabilidad civil, no se admitirá como excepción o defensa el hecho de ser aplicable al caso una disposición constitucional que se remita para el ejercicio del derecho correspondiente a la existencia de una ley que determine la forma o condiciones de tal ejercicio y la circunstancia de no haberse ella dictado".

"Tampoco podrá el tribunal que conoce del asunto fundamentar, de oficio, su fallo en tal omisión legislativa".

4.—RETROACTIVIDAD E IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES PUNITIVAS Y DE LAS QUE ESTABLECEN MEDIDAS DE SEGURIDAD.

4.1 Como regla general es aceptado que las leyes dispongan para el futuro y sólo como excepción se acepta que tengan efecto retroactivo. La naturaleza de las distintas clases de leyes (civiles, tributarias, administrativas, etc.) y las circunstancias sociales contingentes en cada período y país determinan o influyen en qué medida precisamente se dicten leyes con efecto retroactivo.

Las soluciones en el Derecho Constitucional Comparado respecto de la retroactividad e irretroactividad de las leyes no son uniformes; pero existe evidentemente respecto de cierto tipo de leyes, las de naturaleza penal, una marcada tendencia, tanto a nivel constitucional como legal a establecer la irretroactividad como regla general y aceptar la retroactividad de la ley más benigna como excepción.

ALGUNOS PROBLEMAS TÉCNICO-JURID. DE UNA NUEVA CONSTITUCIÓN 89

4.2 Una buena técnica constitucional debe conducir a nuestro juicio al establecimiento de ciertas reglas expresas en la Constitución sobre varias cuestiones relativas a la retroactividad e irretroactividad de la ley penal en particular, de las demás leyes punitivas no penales (administrativas, tributarias, etc.) como también respecto de las que establecen medidas de seguridad. Hasta ahora nuestro ordenamiento constitucional ha dispuesto sobre la irretroactividad de la ley penal como regla general y la retroactividad de la ley penal más benigna como excepción; pero no ha dispuesto claramente sobre el mismo punto tratándose de leyes punitivas no penales y ha guardado silencio tratándose de las leyes que establecen medidas de seguridad.

4.3 El artículo 133 (124) de la Constitución de 1833 disponía: "Ninguno puede ser condenado, si no es juzgado legalmente, y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio".

El artículo 18 del texto primitivo del Código Penal a su vez, dispuso: "Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración".

"Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento".

Por su parte, el artículo 11 de la Constitución de 1925 dijo: "Nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio".

Por el artículo único de la Ley N° 17.727, de 27 de Septiembre de 1972, se agregaron al citado artículo 18 del Código Penal los siguientes incisos:

"Si la ley que exima el hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, el Tribunal de primera instancia que hubiere pronunciado dicha sentencia deberá modificarla, de oficio o a petición de parte y con consulta a la Corte de Apelaciones respectiva".

"En ningún caso la aplicación de este artículo modificará las consecuencias de la sentencia primitiva en lo que diga relación con las indemnizaciones pagadas o cumplidas o las inhabilidades".

Finalmente, el Decreto Ley N° 1.552, de 11 de Septiembre de 1976, publicado en el Diario Oficial del 13 del mismo mes y año, denominado "Acta Constitucional N° 3", que trata "De los Derechos y Deberes Constitucionales", en su artículo 1° N° 3, inciso final, dispone: "En las causas criminales, ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado".

4.4 En la materia en estudio se plantean, en consecuencia, diversas cuestiones al elaborar un anteproyecto de nueva Constitución, a saber: si la nueva Constitución contemplará o no reglas expresas sobre:

- 1°) La retroactividad o irretroactividad de la ley penal;
- 2°) La retroactividad o irretroactividad de las leyes punitivas no penales; y,

3º) La retroactividad o irretroactividad de las leyes que impongan medidas de seguridad.

Respecto de algunas de las cuestiones recién indicadas es posible subdistinguir diversas subcuestiones a que más adelante nos referiremos.

4.5 Sobre la retroactividad de la ley penal ha habido quienes han afirmado la necesidad de que las leyes penales tengan efecto retroactivo, pues presumen que la ley más reciente es más sabia y tiene mayor efectividad en la lucha contra el delito.

La opinión referida ha sido, sin embargo, minoritaria y ha predominado tanto en el extranjero como en nuestro país la tendencia a establecer, como principio, la irretroactividad de la ley penal. Desde el punto de vista del Derecho Constitucional, la prohibición (como regla general) de la retroactividad de la ley penal encuentra su fundamento en el reconocimiento de una esfera de libre actividad del particular frente al Estado. Mientras a las autoridades del Estado sólo les está permitido hacer aquello que corresponde a sus atribuciones expresas, a los particulares, por el contrario, les está permitido hacer todo aquello que no les está prohibido. En consecuencia, en materia penal, nadie debe ser castigado por hechos u omisiones que eran lícitos al tiempo de su comisión.

En nuestro Derecho es tradicional, pues, que rija la irretroactividad de la ley penal cuando la nueva ley crea un delito no tipificado anteriormente o cuando ella castiga con mayor severidad un delito preexistente. Por el contrario, se acepta la retroactividad de la ley penal cuando una ley deroga otra anterior que tipificaba un hecho como delito y cuando la nueva ley castiga en forma más benévola un delito ya existente.

En las Constituciones de 1833 y de 1925 no se comprendía claramente la situación que se produce cuando con posterioridad a la comisión del delito se dicta una nueva ley —ley intermedia— que es derogada y reemplazada por una tercera antes de dictarse sentencia de término, siendo que la segunda ley precisamente es la más benigna.

En la actualidad, con la redacción que tiene la pertinente disposición del Acta Constitucional N° 3, antes transcrita, parece lógico concluir que cabría, en el caso propuesto, aplicar la ley intermedia más benigna, aunque hubiese perdido vigencia en virtud de una tercera ley penal sobre la materia.

Otra cuestión de interés que plantea la retroactividad de la ley cuando favorece al inculpado, es si corresponde aplicarla retroactivamente si la ley de que se trata no es propiamente una ley penal en sí, pero "integra la norma jurídica que se refiere a la situación juzgada".

4.6 Según lo dispuesto en los artículos 133 (124) de la Constitución de 1833, 18 del Código Penal (en su texto primitivo) y 11 de la Constitución de 1925, cuyos textos hemos transcrito en el párrafo 4.3, no se comprendía el caso de la aplicación retroactiva de la ley más benigna cuando existiera sentencia judicial condenatoria ejecutoriada en proceso penal.

ALGUNOS PROBLEMAS TECNICO-JURID. DE UNA NUEVA CONSTITUCION 91

En situaciones de esta naturaleza se plantean dos alternativas fundamentales: o se lleva el principio pro-reo hasta sus últimas consecuencias y se sacrifica la intangibilidad de la cosa juzgada penal, haciendo regir la ley penal más benigna incluso sobre los efectos de la sentencia condenatoria ejecutoriada, para ajustar a aquella el cumplimiento de la condena; o se resguarda el principio de la cosa juzgada, en cuyo caso dictada sentencia de término en un proceso penal, ella no puede alterarse por la posterior dictación de una ley penal más benigna.

Según hemos visto también en el párrafo 4.3, la modificación introducida al artículo 18 del Código Penal por la Ley N° 17.727, opta por la alternativa más favorable al reo (condenado) aun con sacrificio del principio de la intangibilidad de la cosa juzgada. Si bien la actual redacción del artículo 1° N° 3, inciso final, del Acta Constitucional N° 3 pudiera autorizar una interpretación favorable a esta misma solución, la situación no resulta a nuestro juicio lo idealmente clara, frente a lo dispuesto por el artículo 80 de la Constitución de 1925, actualmente vigente, que dispone que "la facultad de juzgar las causas civiles y criminales pertenece **exclusivamente** a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso, pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes o hacer revivir procesos fenecidos".

Desde el momento en que la Ley N° 17.727 obliga al tribunal de primera instancia a modificar la sentencia dictada, habría base para sostener que tal precepto estaría en contradicción con lo dispuesto por el artículo 80 de la Constitución. Cualquiera duda sobre el particular desaparecería si expresamente la nueva Constitución consultara una regla expresa, afirmativa o negativa sobre el particular.

4.7 Atendida la tradición existente en nuestro país sobre la materia, la clara opinión predominante de las principales legislaciones penales extranjeras y la interpretación doctrinal y jurisprudencial que se ha hecho de las normas pertinentes, es razonable pensar que al elaborarse una nueva Constitución se aceptaría como principio la irretroactividad de la ley penal, pero como excepción se aceptaría a su vez la retroactividad de la ley más benigna.

De acuerdo a este supuesto, pensamos, como conclusión, lo siguiente sobre este particular:

a) El nuevo texto constitucional debería consultar una regla expresa estableciendo la irretroactividad de la ley penal cuando la nueva ley crea un delito no tipificado anteriormente o cuando ella castiga con mayor severidad un delito preexistente;

b) La nueva Constitución debería consultar la retroactividad de la ley penal cuando una ley deroga otra anterior que tipificaba un hecho como delito y cuando la nueva ley castiga en forma más benévola un delito ya existente;

c) La nueva Constitución debería establecer expresamente también que si la ley vigente al momento de perpetrarse el delito fuera distinta de la existente al pronunciarse la sentencia o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna;

d) El nuevo texto constitucional debería consultar con precisión una regla que estableciera si para la aplicación de la ley más benigna posterior se requiere que ésta haya entrado en vigencia, o si basta con su publicación; y,

e) La nueva Constitución, en caso de aceptarse la aplicación de la ley penal más benigna, debería resolver expresamente su alcance respecto de las sentencias ejecutoriadas.

4.8 Otro problema que se ha planteado en relación con el que fuera el artículo 11 de la Constitución de 1925 fue el de determinar si dicho precepto era aplicable solamente a las leyes penales o si tenía un alcance más amplio, comprensivo también de las leyes punitivas de carácter civil, administrativo o tributario, etc.

Se ha fallado, bajo el imperio del citado artículo 11 del texto constitucional anterior, que el vocablo "condenado" que usaba la disposición referida no significaba exclusivamente condena por delito penal, sino que estaba tomada en sentido amplio que denotaba el hecho de imponer a una persona una sanción, castigo o pena, sin importar la causa que la hiciera procedente. Sin embargo, tal decisión judicial fue adoptada con votos de minoría, por lo que no puede estimarse que haya existido un criterio absolutamente uniforme sobre el particular (19). Por otra parte, la actual redacción, en lo pertinente, del Acta Constitucional N° 3 parece indicar que el principio de la retroactividad de la ley más benigna es aplicable sólo en los procesos penales, puesto que dice que "en las causas criminales ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado".

En razón de lo expuesto, pensamos que en una nueva Constitución debería consultarse una disposición que precisara si el principio en cuestión es sólo aplicable en las causas criminales o en las causas judiciales en general y en los procedimientos administrativos en que corresponda aplicar leyes punitivas no penales.

4.9 Finalmente, cabe considerar la situación de la retroactividad o irretroactividad de las leyes que establecen medidas de seguridad.

En el Derecho, la comisión del delito da origen a la responsabilidad penal del delincuente, quien, si no se encuentra en una situación excepcional de exención o extinción de dicha responsabilidad, prevista por la ley, deberá ser castigado como culpable del delito, con una pena igualmente impuesta por la ley.

Para algunos penalistas de la Escuela Positiva, bajo la genérica denominación de sanciones, aplicables a quienes se encuentren comprendidos en casos de antisocialidad, se incluyen penas, medidas de seguridad y sanciones civiles, pues estiman que hallar diferencias entre penas y medidas de seguridad sería sólo un virtuosismo, ya que unas y otras se identificarían en su fin, duración indeterminada y necesidad de adaptarse a la responsabilidad criminal.

(19) Corte Suprema. Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Gaceta de los Tribunales, Tomo 62, Sección 3ª, pág. 114; y Tomo 63, Sección 3ª, pág. 88. Id. pág. 92.

ALGUNOS PROBLEMAS TECNICO - JURID. DE UNA NUEVA CONSTITUCION 93

En la dogmática y legislación penales, sin embargo, generalmente se distingue entre unas y otras y el régimen jurídico de su aplicación, en consecuencia, no es necesariamente el mismo sino que, por el contrario, suele presentar diferencias.

4.10 Entre las múltiples definiciones de las medidas de seguridad, podemos recordar, por vía meramente ejemplar, aquella que dice que son "medios de prevención especial aplicables a las personas adultas que constituyendo un peligro, no transitorio, de infracción del orden jurídico-penal por su condición psíquica, moral o social, son incapaces de sentir la eficacia preventiva de la pena, o en otros términos, a las personas que se hallen en estado peligroso". (20)

4.11 Aunque no siempre se mencionen exactamente las mismas diferencias entre penas y medidas de seguridad, suelen señalarse como tales las siguientes o algunas de ellas:

a) La pena se impone al culpable en virtud de su delito; las medidas de seguridad por el carácter peligroso del agente o de una cosa, cuyo carácter está en relación con un acto punible;

b) La pena es un medio de producir un sufrimiento penal al culpable; la medida de seguridad es un medio asegurativo que va acompañado de una privación de libertad o de una intromisión en los derechos de una persona, pero cuyo fin no es producir un sufrimiento al culpable; y,

c) La ley determina la pena según la importancia del bien lesionado, según la gravedad de la lesión y la culpabilidad del hechor, y aunque la ley determina la pena de un modo relativo, el juez la fija luego en la sentencia según los mismos principios; la ley determina la clase de medidas de seguridad, según el fin asegurador, y su duración se establece sólo en términos generales, de modo que su duración depende del resultado obtenido y en cuanto se corrige el agente, la privación de libertad (si en ella consistiere la medida) cesa.

Conceptualmente se ha dicho que la diferencia entre pena y medida de seguridad reside en que mientras la primera tiene un fin retributivo de que carece la segunda, ésta es eminentemente un medio de prevención especial.

4.12 Las medidas de seguridad permiten en doctrina diversas clasificaciones. Así, suelen clasificarse en predelictuales y postdelictuales, sustitutivas y complementarias, restrictivas de libertad y patrimoniales, etc.

Entre las medidas de seguridad se incluyen, por ejemplo, la libertad vigilada, la prohibición de residencia, la expulsión de extranjeros, la prohibición de frecuentar establecimiento de expendio de bebidas alcohólicas, la prohibición de ejercer una profesión u oficio, el internamiento en un manicomio criminal o en establecimiento de educación de sordomudos o en establecimiento de trabajo para delincuentes; comiso, caución de conducta y clausura de establecimientos.

En algunos casos, varias de estas medidas figuran en ciertas legislaciones como penas y en otras como medidas de seguridad y, pu-

(20) Francisco Felipe Olesa Muñido: "Las medidas de Seguridad". Bosch, Casa Editorial Barcelona, España, 1951, págs. 117 y 118.

diera no faltar la situación excepcional que en una misma legislación una o más de estas medidas pudieran figurar en unos casos como medidas de seguridad y en otros como penas.

4.13 La aplicación de medidas de seguridad plantea principalmente tres cuestiones fundamentales por lo menos:

a) La aplicación a ellas del principio de legalidad, esto es, que no puedan aplicarse otras medidas de seguridad que las expresamente previstas por la ley;

b) La retroactividad o irretroactividad de las leyes que establezcan medidas de seguridad; y,

c) Autoridad competente para aplicarlas y supervisar su ejecución y ponerles término en la oportunidad que corresponda.

Generalmente las Constituciones no contemplan reglas específicas y expresas sobre las medidas de seguridad, y cuando excepcionalmente se llega a contemplarlas, no se hace cubriendo las tres cuestiones enunciadas anteriormente sino a lo más sólo parte de ellas.

Como ejemplo (excepcional por lo demás) de texto constitucional expreso y específico sobre tales medidas puede citarse el artículo 25 inciso final de la Constitución de Italia, que dispone que "nadie puede ser sometido a medidas de seguridad, sino en los casos previstos por la ley".

4.14 Aunque en el Código Penal chileno no se contemplaban en forma sistemática y expresa, en calidad de tales, las medidas de seguridad, hay algunas disposiciones que guardan íntima relación con ellas. Así, por ejemplo, los artículos 23, 45 y 46, que tratan de la caución y la sujeción a la vigilancia de la autoridad, que pueden imponerse como penas accesorias o como medidas preventivas.

El artículo 3° de la Ley N° 11.625 (que no define lo que se entiende por medida de seguridad) enumera las siguientes:

1°) Internación en casa de trabajo o colonia agrícola por tiempo indeterminado que no podrá exceder de 5 años;

2°) Internación curativa en establecimientos adecuados por tiempo absolutamente indeterminado;

3°) Obligación de declarar domicilio o de residir en un lugar determinado por tiempo que no podrá exceder de 5 años;

4°) Prohibición de residir en lugar o región determinados por un plazo no superior a 5 años;

5°) Sujeción a la vigilancia del Patronato de Reos que corresponda por un tiempo que no podrá exceder de 5 años;

6°) Caución de conducta por un tiempo que no podrá exceder de 5 años;

7°) Multa; y,

8°) Incautación y pérdida de dineros o efectos.

Como puede apreciarse, hay medidas de seguridad personales (privativas o restrictivas de libertad) y patrimoniales.

La citada ley (artículo 15) establece el principio de la jurisdiccionalidad de las medidas de seguridad, esto es, confía a los tribunales de justicia el conocimiento de las causas sobre estado antisocial y aplicación de medidas de seguridad.

ALGUNOS PROBLEMAS TECNICO - JURID. DE UNA NUEVA CONSTITUCION 95

Finalmente, el inciso final del artículo 3º de la Ley Nº 11.625, de 4 de Octubre de 1954, consagra el principio de la legalidad en esta materia, al decir que "nadie puede ser sometido a medidas de seguridad que no estén expresamente establecidas por la ley fuera de los casos previstos por ella".

4.15 Pensamos que sería conveniente que al dictarse una nueva Constitución, se comprendiera en ella una disposición particular y expresa sobre los principios constitucionales relativos a las medidas de seguridad, como ser:

- a) El principio de la legalidad;
- b) El principio de la jurisdiccionalidad; y,
- c) El principio de la retroactividad o no de la ley que establezca tales medidas.

De esta manera sería posible evitar dudas o aplicación por vía meramente interpretativa de otras disposiciones no previstas determinadamente para ellas y que, a falta de disposiciones constitucionales particulares, pudieran servir imperfectamente para resolver las cuestiones que sobre medidas de seguridad y en el orden constitucional pudieran suscitarse.