

SOBRE EL ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN DE CELEBRAR CONTRATOS PARA MINISTROS Y PARLAMENTARIOS

Prof. J. Ignacio Núñez Leiva¹

Abogado, LLM, DEA, PhD
Profesor de Derecho Constitucional
e Introducción al Derecho.

Los artículos 37 bis y 60 de la Constitución Política vigente establecen normas que asignan sanciones a ministros de estado y parlamentarios que celebren contratos con el Estado. Esta disposición no es novedosa pues proviene del artículo 31 la Carta Política de 1925.

¿Esta norma constitucional sanciona todo contrato suscrito por ministros o parlamentarios con el Estado? Pensamos que no.

Para fundar esta afirmación es que a continuación, (1) reflexionaremos acerca de la estructura de las normas jurídicas que imponen sanciones, (2) recordaremos que la interpretación de las normas es algo habitual en la praxis jurídica, (3) traeremos a colación un caso en que incluso contra texto expreso el Tribunal Constitucional determinó un sentido y alcance de una norma distinto a su tenor literal, (4) pondremos atención a las normas y sus excepciones, (5) haremos especial énfasis en la idea de derrotabilidad de las mismas (6) para finalizar dando cuenta de varios casos de excepciones a una interpretación laxa de esta norma proporcionados por la doctrina y órganos del propio Congreso Nacional.

¹ **Abogado** (2007). Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile (2004). **Diplomado** en Metodologías de Investigación e Intervención Social en la Universidad Alberto Hurtado (2006). **Diplomado** en Derechos Humanos con mención en Educación en Derechos Humanos por la Universidad Católica del Uruguay (2008). Post Graduado en Derecho: **Especialista** en Constitucionalismo y Garantismo (2009) y **Especialista** en Justicia Constitucional y Procesos Constitucionales (2012) por la Universidad de Castilla La Mancha, España. **Magíster en Derecho Público** con mención en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile (2010). **Diploma de Estudios Avanzados** (DEA) en Filosofía del Derecho por la Universidad de Castilla La Mancha (2012). **Diploma en Derecho Comparado** por la Universidad de Bolonia (2019). **Doctor en Derecho** por la Universidad de Castilla La Mancha (2019). Contacto: jinuez@uc.cl

1. Si es H, debe ser C. ¿Pero, en qué consiste H?

En lenguaje de las ciencias jurídicas, las normas que establecen sanciones suelen graficarse con la fórmula: *si es H, debe ser C*². Esta noción - que se deriva del pensamiento de Hans Kelsen³ - nos explica que en las normas podemos encontrar la descripción de un supuesto de hecho (H) que, de acreditarse su ocurrencia en la realidad, acarreará una consecuencia (C) dispuesta por el ordenamiento jurídico.

En este esquema, para que H se convierta necesariamente en C, debe acreditarse – desde luego – que acontecieron sucesos como los descritos en H. Pero antes de eso, y con la misma relevancia, debe determinarse en qué consisten las conductas que la norma establece como susceptibles de ser castigados con C.

2. Interpretar H no es excepcional sino algo habitual

Reconocer que la aplicación de una norma jurídica requiere cotidianamente un esfuerzo para acercarse a su contenido, de ninguna manera, implica acudir a resquicios o trucos. Ya en 1934 cuando Hans Kelsen publicaba la primera versión de su Teoría Pura del Derecho, sostenía que *“interpretación es la fijación del sentido de la norma aplicable, el resultado de esta actividad es simplemente la determinación del marco que representa la mencionada norma y, por consiguiente, el conocimiento de las diversas posibilidades que se dan dentro de dicho marco”*⁴.

El Código Civil chileno, por ejemplo – magnífica obra jurídica que data de 1855 – contiene un párrafo en su primer capítulo destinado a la interpretación de las leyes (artículos 19 a 24).

Además, la interpretación constitucional, ha sido destacada como un procedimiento necesario por el Tribunal Constitucional. En 2006, por ejemplo, esta magistratura que opera como máximo intérprete de la Carta Fundamental, publicó una obra que se llama Criterios de Hermenéutica Constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional, que se encuentra en acceso abierto en el sitio web del organismo⁵.

La interpretación es una actividad permanente de quien aplica el Derecho a casos concretos. Especialmente cuando debe determinar que conductas son sancionadas. Un claro ejemplo de ello es lo que aconteció con la aplicación del artículo 318 del Código Penal durante la pandemia. En numerosos casos se iniciaron juicios penales

² REALE, Miguel, Introducción al Derecho, Madrid, Pirámide, 1989, p.73.

³ KELSEN, Hans, Teoría pura del Derecho, Madrid, Trotta, 2011, p.44.

⁴ KELSEN, Hans, Teoría pura del Derecho, Madrid, Trotta, 2011, p.104.

⁵ Consulte: <https://www2.tribunalconstitucional.cl/wp-content/uploads/2022/03/574.pdf> (recuperado el 16-03_2025)

en contra de personas que violaron el toque de queda sin permiso, estimando que esta conducta correspondía al supuesto de hecho (H) del citado precepto. La polémica fue zanjada el 18 de agosto de 2022 cuando conociendo de un recurso de nulidad la Corte Suprema estimó que la conducta sancionada por la ley no coincidía con los hechos cometidos por el imputado ⁶.

3. Los términos empleados por la Constitución no siempre deben entenderse en su tenor literal

En diferentes oportunidades el Tribunal Constitucional ha señalado que el tenor literal de las palabras empleadas por la Constitución requiere ser auxiliado por otros factores para determinar su significado. (Su H)

Un ejemplo emblemático es la sentencia rol 46 del Tribunal Constitucional Chileno de 1987. En ella se conoció un requerimiento que apuntaba a sancionar a Clodomiro Almeyda por infringir el artículo 8º de la Constitución, que disponía sanciones para quienes “*incurran o hayan incurrido*” en una serie de conductas descritas por la norma.

En dicho caso, la imputación versaba acerca de actos cometidos por el acusado antes de la entrada en vigencia de la Constitución. Según el tenor literal de la norma y sin consultar otros aspectos de la Carta Fundamental, los hechos probados cometidos por el acusado resultarían abiertamente parte del H que amerita C.

Pero el Tribunal Constitucional – en **1987** – dispuso que la norma debía comprenderse atendiendo también al artículo 19 N º 3 de la Constitución en tanto este disponía la irretroactividad de las normas punitivas. Contra un significado literal, se prefirió uno constitucionalmente admisible.

4. Cuando H tiene condiciones

La descripción de los casos en que se debe aplicar una norma puede tener condiciones, ya sea para ordenar su aplicación o para excepcionarla.

Por ejemplo, la ley que establece medidas en contra de la discriminación (20.609) señala un listado de casos en los cuales el establecimiento de una diferencia se entenderá como discriminación arbitraria, pero al mismo tiempo, indica situaciones en las que tal diferenciación no resultará sancionable ⁷.

⁶ Corte Suprema, sentencia Rol N° 52.743-2021. Nota de prensa del propio Poder Judicial disponible en: <https://www.pjud.cl/prensa-y-comunicaciones/noticias-del-poder-judicial/77691> (recuperado el 16-03-2025)

⁷ Artículo 2º.- *Definición de discriminación arbitraria. Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable,*

Esta norma resulta muy útil como ejemplo, pues pone de manifiesto varias cosas. (1) Que existen condiciones para habilitar u ordenar la aplicación de una norma. (2) que también existen condiciones para excepcionar su aplicación. (3) Que, en cualquier caso, incluso cuando se efectúan listados de condiciones habilitantes o eximentes de una norma, quedan casos implícitos que resulta imposible enumerar explícitamente.

5. Las excepciones implícitas a H: el problema de la *Derrotabilidad*

Imagine usted que existe una norma - tal vez usted la ha visto en carteles - que establezca sanciones para quienes hablen por teléfono en una biblioteca.

Una disposición con tales características parece clara (inderrotable). Todas las personas que propicien o atiendan llamadas telefónicas al interior de una biblioteca, deberían ser castigadas. Si es H debe ser C.

Pero, qué significado nos parecería razonable para H si sabemos que la persona que atendió el teléfono en la biblioteca se desempeña como bombero y decidió contestar no para generar molestias entre el resto de quienes usan la biblioteca, sino para atender con su deber. ¿Usted sería partidaria/o de castigar a esa persona o entendería que en la norma subyacen motivaciones que no se encaminan a castigar a un/a bombero/a?

El problema antes descrito es frecuente en el Derecho y se conoce como *derrotabilidad* de las normas. Sus primeros desarrollos se le atribuyen a otro célebre jurista, Herbert Hart, quien curiosamente usó en 1948 como ejemplo para demostrar a este problema al concepto *contrato*⁸.

efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, género, la maternidad, la lactancia materna, el amamantamiento, la orientación sexual, la identidad y expresión de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad. Las categorías a que se refiere el inciso anterior no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público.

Se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4º, 6º, 11º, 12º, 15º, 16º y 21º del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima.

⁸ HART, Herbert, "The Adscription of Responsibility and Rights", en: Proceedings of the Aristotelian Society (Vol. 49) 1948 -1949, pp. 171-194

Que una norma sea *derrotable* significa que para su aplicación no basta con considerar el tenor literal de la descripción de los casos a los cuales se aplica (su H) sino que debe considerarse también una serie de excepciones y condiciones implícitas a las que están sujetos ⁹.

6. EL H “celebrar contratos con el Estado” como prohibición de parlamentarios/as y ministros/as es *derrotable*

La prohibición de celebrar contratos con el Estado que pesa sobre ministros/as de Estado y parlamentarios/as, aunque aparezca formulada en términos categóricos requiere ser adecuadamente delimitada en su sentido y alcance, precisando cual es el hecho (H) realmente prohibido.

Al igual que el caso citado en el acápite anterior, el sentido común es un buen indicador para sospechar de la existencia de excepciones implícitas en el hecho sancionado.

Como ya lo sostuvimos en otro lugar¹⁰, no parece razonable que la determinación del acto castigado tenga como consecuencia que parlamentarios o ministros resulten destituidos por celebrar un contrato de prestación de servicios para atenderse en el sistema público de salud.

La afirmación que hacemos, no es novedosa, ya la efectuaba hace años el célebre tratadista chileno Alejandro Silva Bascuñán cuando sostenía que “ La (...) cesación en el cargo de parlamentario **no se produce** cuando el parlamentario ejerce los derechos de que como persona privada es titular, de la misma manera en que podría hacerlo cualquiera otra persona del país, aun cuando, en su actuación, pueda vincularse con alguna de las instituciones comprendidas en el (...) concepto de Estado”¹¹. (el énfasis es nuestro)

También fue anticipada en la Comisión de Estudios para la Nueva constitución por el señor Juan de Dios Carmona en la sesión 371 de la Comisión de Estudios para la nueva

⁹ Un claro desarrollo de la figura de la derrotabilidad y sus consecuencias puede encontrarse en RÓDENAS, Ángeles, La derrotabilidad de las reglas. El límite entre el Derecho dúctil y el Derecho arbitrario. Anales de la Cátedra Francisco Suárez. 2021, pp. 43-66.

¹⁰ Nos referimos a nuestra carta al director, publicada el 16 de enero de 2025, bajo el título *Interpretación Constitucional*.

¹¹ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, Tratado de Derecho Constitucional Tomo VI, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, pp. 312 -314.

Constitución cuando se discutió que en el sentido y alcance de la norma no se podía entender incorporados a los contratos de adhesión ¹².

Además, el mismo Congreso Nacional ha entendido que esta causal tiene otras excepciones específicas¹³ :

1. La Cámara de Diputados el 6 de junio de 1936 señaló que no concurre la causal que estamos analizando cuando el parlamentario trata de hacer valer los derechos que las leyes conceden a todos los habitantes, como en el caso de la cesión de terrenos para permitir la construcción de caminos.
2. El Senado se pronunció sobre este punto al aprobar el 23 de noviembre de 1949 el informe de su Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, que indicaba que solo los contratos celebrados por el parlamentario a nombre propio constituyen la causal de cesación en el cargo, y no los celebrados como gerente o administrador de una persona jurídica.
3. La Cámara de Diputados aprobó el 7 de junio de 1955 el informe de su Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de 6 de mayo de 1954, en el sentido de que tampoco se subsume en la causal en comento si el contrato se celebra en representación legal de los cónyuges de los parlamentarios.
4. En informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado aprobado el 12 de julio de 1960, se indica que no hay inhabilidad sobreviniente para el parlamentario socio de una sociedad civil de responsabilidad limitada que celebra o cauciona contratos con el Estado; y lo mismo aplica en el evento de que la sociedad de la cual el parlamentario es gerente o socio gestor realice los mismos actos. Lo anterior porque las prohibiciones no pueden interpretarse por analogía, y las sociedades, como personas jurídicas, son distintas e independientes de sus socios.

¹² Véase: República de Chile. Actas oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República. Santiago, Chile, Talleres Gráficos de Gendarmería de Chile, 1973-1983 Volumen 11. Sesión 371. Página 2583.

¹³ Todas ellas se pueden consultar en detalle en la obra Control Constitucional, Judicial y Ético de los parlamentarios, ganadora del Premio Tribunal Constitucional en 2013 y publicado por el sello editorial de dicha magistratura (Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 53), cuyos autores son Hernán Javier Castillo Barrera y Raimundo Meneses Costadoat, específicamente en la nota al pie 281.

7. Reflexiones finales

Previo a la aplicación de las sanciones a que conduce para ministros de Estado y parlamentarios la celebración de contratos con el Estado, debe interpretarse la norma para perfilar su correcto sentido y alcance.

Efectuar esta operación no implica eludir su tenor literal sino aplicarla considerando las excepciones implícitas que contiene, considerando la sistematicidad constitucional y las máximas de la razón.

Este ejercicio ya ha sido aplicado por el Tribunal Constitucional en otras oportunidades y es de uso habitual en la judicatura.

En el caso del supuesto “celebrar contratos con el Estado”, el Congreso Nacional ha excluido numerosas figuras contractuales de la hipótesis que amerita sanción, encaminándose en general a la hipótesis planteada por el tratadista Alejandro Silva Bascuñán que identifica como elementos determinantes de la figura sancionada al uso de la condición de autoridad para obtener un provecho irregular del Estado.