

ACTUALIDAD JURÍDICA

Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

AÑO XIX, N° 39 – ENERO 2019



Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

Actualidad Jurídica
es una publicación semestral de la Facultad de Derecho
de la Universidad del Desarrollo

ISSN 0717-5914

Director
Gonzalo Rioseco Martínez

Secretario de Redacción
José A. Riquelme González

Asistente de Redacción
Fairús K. Docmac Larraín

Consejo Editorial

Hugo Rosende Álvarez
Jorge Ogalde Muñoz
Bruno Caprile Biermann

Sergio Verdugo Ramírez
José Manuel Díaz de Valdés Julia
Julio Alvear Téllez

Representante Legal
Federico Valdés Lafontaine

Los juicios vertidos por los autores en sus artículos no representan
necesariamente la opinión de la institución que edita esta revista

Ediciones Universidad del Desarrollo
Avenida La Plaza 680, San Carlos de Apoquindo,
Las Condes. Santiago de Chile

Impresión
Versión, Producciones Gráficas Limitada

ÍNDICE DE CONTENIDOS

• Presentación	7
• En memoria de don Fernando Gamboa	9
I. TEMA CENTRAL: EL ROL DEL DERECHO EN LOS NUEVOS FENÓMENOS SOCIALES	
• Formación jurídica (Pablo Rodríguez Grez).....	13
• La democracia moderna: el ocaso del gobierno del pueblo (Julio Alvear Tellez)	27
• Los ciudadanos frente al estado: Una mirada al derecho a la igual protección en el ejercicio de los derechos ante la administración (Santiago Órpis J. - Ernesto Silva M.)	55
• Los límites a la libertad de expresión del empleador en la negociación colectiva en perspectiva constitucional (Cecilia Rosales Rigol).....	81
• Criptomonedas, su tributación, un análisis comparado (Matías Pascuali Tello).....	113
• Evolución y situación actual del tipo colusivo en el derecho de la competencia en Chile (Gabriel Budnik Ojeda)	127
II. ESTUDIOS Y ENSAYOS	
• ¿Es la ‘doctrina de las constituciones inconstitucionales’ un instrumento útil para preservar la democracia en contextos de fragilidad institucional? (Sergio Verdugo R.).....	143
• ¿Cumple con el mandato de tipicidad el delito de incumplimiento de deberes militares del artículo 299 n.º 3 del <i>CJM</i> ? Un análisis desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Alejandro Leiva López).....	167
• Prospección jurisprudencial al principio de la transparencia en el ámbito de las Fuerzas Armadas (Sergio Cea Cienfuegos).....	181
• Del daño moral y su cuestionable tratamiento desde la órbita de un acción colectiva o difusa (comentarios a la ley n.º 21081 que modifica la ley n.º. 19496, sobre protección de los derechos de los consumidores) (Renzo Munita Marambio).....	207
• La prescripción extintiva en el derecho civil chileno y español: Revaluación de criterios doctrinales y propuestas (Jaime García E. – Christian Montt A.)	233
• Una mirada en retrospectiva del artículo 2331 del <i>Código Civil</i> para la actualidad (Benjamín Musso Arratía)	259
• Algunas reflexiones a partir del enigmático artículo 2339 del <i>Código Civil</i> (Cristián Fernández Lama)	283
• Los sistemas tributarios y el desarrollo en la integración sudamericana (Roberto Javier Mirabelli).....	303

III. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

- Sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso con Bolivia sobre supuesta obligación de negociar acceso al océano Pacífico (Raúl Campusano Droguett) 329

IV. LIBROS, RESÚMENES Y RECENSIONES.

- Índice *Revista Derecho Público Iberoamericano*, Universidad del Desarrollo, N° 13, octubre de 2018 357
- Índice revista *Ius Publicum*, Universidad Santo Tomás, N° 41 de 2018..... 359

PRESENTACIÓN

La Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo mediante la presente edición de la revista *Actualidad Jurídica*, ha querido contribuir al debate actual, respecto al papel del derecho en los nuevos fenómenos sociales; entendiendo a estos como el comportamiento de la ciudadanía ante los devenires de la vida social y la reacción de la misma frente a los factores que los limitan y explotan, de manera de impulsar inevitablemente un cambio regulatorio. Es por ello que el derecho, en sus múltiples manifestaciones, ha debido ir mutando conforme a la aparición de nuevos fenómenos sociales.

Es por esto que hemos considerado recalcar la importancia innegable de la formación jurídica, como pilar fundamental para enfrentar los cambios actuales y futuros, con un brillante artículo del destacado jurista Pablo Rodríguez Grez, quien desde su mirada profunda a la profesión de abogado, aborda el papel de estos en el establecimiento de un estado de Derecho.

Por otra parte, el profesor investigador de nuestra facultad Julio Alvear, quien, además de referirse a la existencia de la llamada democracia moderna descrita precisa y certeramente por el autor, propone, además, la tesis del ocaso de la misma. También, podremos vislumbrar el comportamiento de los ciudadanos frente al Estado en la protección y ejercicio de sus derechos por Santiago Orpis y Ernesto Silva

Desde otro punto de vista, Cecilia Rosales expone sobre los límites al derecho de libertad de expresión de los empleadores en los procesos de negociación colectiva, para, luego, pasar a un interesante artículo de Matías Pascuali, quien analiza la interesante figura de las criptomonedas y los desafíos del derecho en cuanto a su regulación y luego continuar estudiando la evolución del tipo colusivo en Chile, de la pluma de Gabriel Budnik.

Además, y como ha sido nuestra tradición, esta edición de *Actualidad Jurídica*, abordara variados temas en la sección de Estudios y Ensayos, comenzando con un artículo de nuestro destacado profesor e investigador Sergio Verdugo, quien se referirá a la utilidad de la doctrina de las constituciones inconstitucionales, señalando las implicancias democrático-normativas que su aplicación puede conllevar, para luego abordar la pregunta que nos plantea nuestro también profesor y alumno, Alejandro Leiva, quien tratará la tipicidad del delito de incumplimiento de deberes militares, analizándolo desde la perspectiva jurisprudencial del Tribunal Constitucional. Desde otro punto de vista, Sergio Cea nos instruirá en materia del principio de transpa-

rencias en el ámbito de las Fuerzas Armadas, abordando así, una contingente discusión, relacionada con las Fuerzas Armadas de nuestro país.

Luego, nuestro tenaz colaborador Renzo Munita, aboradará en profundidad el tratamiento del daño moral, en la órbita de una acción colectiva o difusa y nuestro destacado profesor Jaime García, acompañado de Christian Montt, expondrán sobre la prescripción extintiva haciendo una atractiva comparación entre el derecho civil chileno y español.

A continuación, se ofrecen distintas reflexiones en torno a nuestro *Código Civil*, de la mano de los autores Benjamín Musso y su mirada retrospectiva del artículo 2331 y Cristián Fernández, quien nos hará reflexionar sobre las críticas que ha sufrido el artículo 2339 por ser, a su juicio, una rareza dentro de nuestro sistema jurídico.

Finalizaremos la sección con Roberto Mirabelli, quien aborda el desarrollo de nuevos esquemas de integración tributaria en Latinoamérica y, para terminar con nuestro número, cerraremos con un profundo análisis de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia sobre la eventual obligación de Chile una salida soberana al mar para Bolivia, para el cual se agrega por el autor y constante colaborador, Raúl Campusano, reflexiones sobre el derecho internacional y la política exterior de nuestro país.

Esperamos que la variedad de las temáticas propuestas y los análisis aquí planteados resulten de interés para el lector. En nuestra opinión, los actores del debate actual de nuestra sociedad podrán encontrar, en estas páginas, interesantes y contingentes argumentos.

EL DIRECTOR

IN MEMORIAM FERNANDO GAMBOA SERAZZI

Ha fallecido nuestro querido profesor y amigo, el embajador Fernando Gamboa Serazzi.

Estudió Derecho en la Universidad de Chile y se tituló de abogado. Fue becado por la Academia Diplomática de Madrid, y obtuvo la beca Alejandro Álvarez en la Academia de Derecho Internacional de La Haya.

En su larga y distinguida carrera diplomática, sirvió en las siguientes destinaciones y cargos: Primer secretario de la Embajada de Chile en La Haya. Consejero en la Embajada de Chile en Buenos Aires. Cónsul de Chile en Comodoro Rivadavia. Consejero en la Delegación de Chile en Ginebra. Cónsul general de Chile en Guayaquil y Ecuador. Consejero de la Embajada de Chile en Caracas Venezuela. Ministro consejero de Chile en París. Ministro consejero de Chile en Brasilia. Embajador de Chile en Santo Domingo, República Dominicana. Embajador de Chile en Bangkok, Tailandia. Abogado de la Dirección de Fronteras de la Cancillería. Director del Departamento América del Sur. Director de la Dirección de Política Especial. Director general consular. Asesor de la Dirección Cultural de la Cancillería.

Ejerció la docencia como profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad del Desarrollo, Universidad de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, Universidad Gabriela Mistral, Universidad Finis Terrae y Universidad de Las Américas. Fue también profesor titular de la cátedra de Derecho Internacional Público de la Academia Diplomática Andrés Bello, de la Academia de Guerra Aérea, del Alto Mando de las Fuerzas Armadas y de la Academia de Estudios Políticos y Estratégicos.

Entre sus publicaciones destacan su libros sobre la *Vida y obra de Alejandro Álvarez*, *Panorama de la cultura chilena*, *Manual de Derecho Internacional Público*, *Manual de política internacional* y el texto *la Utilización de ríos internacionales*.

Se integró a la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo desde que abrió su sede en Santiago. Estuvo con nosotros desde nuestros inicios, e hizo clases de Derecho Internacional de forma ininterrumpida por más de quince años. Contribuyó a formar muchas generaciones de alumnos que hoy están egresados. De hecho, varios fuimos alumnos de él. Algunos también lo conocen por sus numerosas publicaciones en derecho internacional, otros por su carrera diplomática, y otros como colegas y amigos.

Era cercano con los alumnos, dedicado con sus clases y comprometido con esta Facultad. Rara vez faltaba a alguna reunión; siempre se daba el tiempo para hablar con los estudiantes; y consistentemente comentaba los trabajos académicos que se presentaban las reuniones del Departamento de Derecho Público. Tenía una forma interesante de discrepar. Siempre lo hacía con humor, una leve ironía, y de forma conciliadora y constructiva. Aceptaba las diferencias, vivía con ellas, y hasta parecía disfrutarlas.

Era un profesor carismático. Además, tenía un sentido del humor único. Tenía un extraño talento para hacer que los alumnos se rieran de sí mismos. En sus clases, contaba anécdotas de su vida diplomática para explicar la materia. Con sus historias, hacía que los contenidos del ramo fueran difíciles de olvidar. Complementaba sus clases con su *Tratado de derecho internacional público*. Hoy, deben ser pocos los egresados de esta Facultad que no guarden una copia de ese libro, dedicada por su autor.

Fue un hombre que vivió una larga, interesante y próspera vida, rodeado de sus muchos amigos y del innumerable conjunto de estudiantes y colegas que lo apreciaban y admiraban. Su mirada culta, elegante, cosmopolita, liberal y libre, fue siempre un espacio de alegría, aprendizaje y libertad. Sus palabras y su conversación siempre ejercían en efecto de sentir la vida. Para nosotros, que lo acompañamos durante los quince años que ejerció docencia en la UDD, nos embarga la tristeza de su pérdida, pero nos consuela su recuerdo y todo lo que aprendimos y compartimos con él. Al recordarlo aquí, estamos queriendo decir que, de alguna manera, sigue vivo entre nosotros. Y seguiremos recordándolo para que siga vivo entre nosotros.

Los invitamos a recordar a Fernando con todo el cariño y admiración que se merece.

RAÚL F. CAMPUSANO DROGUETT - SERGIO VERDUGO RAMÍREZ

Profesores

Facultad de Derecho

Universidad del Desarrollo

TEMA CENTRAL

“EL ROL DEL DERECHO
EN LOS NUEVOS FENÓMENOS SOCIALES”

FORMACIÓN JURÍDICA

Pablo Rodríguez Grez

En los últimos cincuenta años el derecho ha experimentado transformaciones y modificaciones en todo orden de materias. Casi no existe institución que haya escapado de esta realidad. Desde luego, el ejercicio de la jurisdicción se ha extendido, la mayor parte de los institutos sufrido innovaciones tanto sustantivas como procedimentales, y los jueces recobrado la importancia que les corresponde. En pocas palabras, el Poder Judicial ha recuperado su carácter de tal y dejado de ser el “pariente pobre” del Estado. No queremos decir que las muchas necesidades que aún subsisten se hayan superado, pero las cosas son hoy muy diferentes de lo que eran a principios de la segunda mitad del siglo XX. Los problemas relevantes tienen relación, en este momento, con la libre competencia, la contaminación, el buen desempeño de los servicios públicos, la supremacía constitucional, los controles administrativos, la defensa de los derechos fundamentales, la globalización, etc. Sin embargo, la enseñanza jurídica no ha tenido una evolución correlativa, sin perjuicio de valiosos avances en varias de las áreas señaladas.

Lo manifestado nos hace pensar que existe un vacío que, sin duda, es cada día más difícil de llenar. Lo anterior se verá agravado en la medida que aumente el número de abogados, fruto de la reforma universitaria, la cual permite un crecimiento exponencial de estos profesionales. Una “crisis por saturación”, que afecte el ejercicio de las principales profesiones titulares, puede poner en serio riesgo todo lo avanzado y provocar una decepción que redundará en decadencia y frustración.

Consciente de lo señalado, nos parece necesario volver al estudio de lo básico, fijar los hitos en que debe desenvolverse la enseñanza del derecho a fin de reforzar aquello que constituye lo medular de nuestra actividad. A pesar del tiempo transcurrido, perduran diferencias abismantes respecto del enfoque, contenido, metodología y funcionamiento del sistema normativo, todo lo cual demanda análisis, reflexión y visión de futuro. No abogamos por uniformar los estudios de derecho, pero si impartirlos de modo de asegurar que los servicios que se presten en el ejercicio profesional sean todo lo consistentes que requiere una sociedad estable que aspira progresar ordenadamente. Este y no otro es el propósito que anima en presente comentario.

I. DE LA FORMACIÓN E INFORMACIÓN

Desde hace mucho tiempo se ha discutido cuál es la misión fundamental de una Facultad de Derecho. Un enfoque elemental no puede prescindir de lo que constituye una función de *formación* y una función de *información*. De aquí que la mayoría de los comentaristas haya aceptado que lo primero –la formación– está íntimamente vinculada a lo que, no sin cierta jactancia, llamamos “criterio jurídico”. Este concepto implica apreciar el acontecer social con una perspectiva que viene dada por las normas de conducta que controlan nuestro comportamiento. Dicho de otra manera, el “criterio jurídico” sería una manera de pensar y de pesar los hechos que nos rodean, dando, a cada uno de ellos, una cierta valoración y una proyección en el tiempo.

Lo que señalamos induce a admitir que en la formación jurídica opera una transformación valórica que eleva la importancia de la norma como instrumento esencial de la convivencia. Lo informativo permite conocer el derecho vigente, en un momento histórico determinado, pero no constituye por sí solo una exigencia *sine qua non* del criterio jurídico.

Surge, a propósito de lo que afirmamos, una serie de problemas y explicaciones que merecen una reflexión detenida.

¿Qué importancia asignamos a la muchas veces “farragosa información”, incluso de textos antiquísimos que han desaparecido o desaparecerán a corto plazo? La respuesta puede parecer contradictoria. Ocurre que la información, llevada a altos niveles de complejidad, facilita la formación del criterio jurídico, al adaptarse a una realidad que abarca múltiples campos de la actividad social. Lo anterior demuestra que ambos aspectos (formación e información) no contradicen los objetivos de una y otra cosa, sino que, por el contrario, se complementan y enriquecen de manera recíproca. No es inconsecuente, por lo mismo, reclamar un mayor grado de información, vale decir, conocimiento de la normativa que regula toda un área del quehacer social. Pero, todavía más importante que lo indicado, es el hecho de que la “farragosa información” que destacamos confirma la existencia de principios fundamentales que inspiran una normativa que evoluciona y que se va adaptando a ellos a pesar de la innovación que experimentan las instituciones. Podría sostenerse que dichos principios están dotados de una “ductilidad” casi natural que les permite inspirar las instituciones jurídicas del pasado, el presente y, muy probablemente, del futuro.

Aquí radica, a nuestro juicio, la necesidad de conocer el “derecho histórico” que, dígame lo que se diga, sirve de cimiento al “derecho contemporáneo”. Los estudiosos del derecho romano están permanentemente confrontados a principios de antiquísimo origen, pero que parecen ir remozándose a través del tiempo.

Un ejemplo dejará en evidencia lo que señalamos. El ejercicio del derecho subjetivo suscita una agria discusión. ¿Estos derechos son *relativos* (su ejercicio supone limitaciones y una justificación que evite excesos y abusos) o *absolutos* (puede el titular ejercerlos sin consideración a la situación del obligado y con plena libertad e independencia)? Los partidarios de los derechos subjetivos absolutos invocan en su favor el aforismo romano "*Dura lex sed lex*" (independizando su ejercicio de toda finalidad); los partidarios del relativismo jurídico, a su vez, invocan como principio la máxima "*Summum jus summa injuria*" (el ejercicio del derecho debe atenerse al espíritu de la ley, el excesivo rigor se aleja de la equidad natural). Como podrá advertirse ambos "bandos" se cobijan bajo principios que han gravitado durante siglos y que siguen presentes en la vida del derecho. Lo propio podría decirse de la "teoría de la imprevisión" en la cual aparecen confrontados otros dos principios: "*pacta sunt servanda*" (lo convenido debe cumplirse por tratarse de una ley particular para las partes, el contrato, por lo mismo, es intangible) y "*rebus sic stantibus*" (los derechos y obligaciones que nacen de las convenciones están sometidos al marco fáctico en que se perfeccionó el consentimiento).

Finalmente, digamos sobre este punto, que la información es la puerta de entrada para comprender las diversas soluciones que el derecho ofrece respecto de conflictos y desencuentros de relevancia jurídica. Sin ella sería imposible adentrarse en esta materia o encontrar una solución adecuada para la problemática que encaramos. La circunstancia de que la legislación se modifique a medida que operan transformaciones científicas, sociológicas, filosóficas y de otra índole, no implica desconocer que los grandes principios subsisten aun cuando ellos se expresen de manera diversa. Basta, como ya advertíamos, con revisar, por ejemplo, la persistente influencia del derecho romano en las legislaciones occidentales para medir en toda su magnitud la presencia de que damos cuenta.

En apretada síntesis, es posible afirmar que la formación jurídica no puede prescindir de entregar una dosis exigente de información que, unida a otros elementos, contribuirá a la ardua tarea de hacer comprensible el derecho.

II. DE LA COMPRESIÓN DEL SISTEMA

El derecho es un sistema, vale decir, un conjunto de elementos debidamente relacionados y coordinados que persiguen un objetivo común. Podría decirse que la materia primera con que se halla construido son las normas, las reglas, las instituciones, los principios, las relaciones sociales, etcétera. Todos ellos se caracterizan por su diferente grado de abstracción, lo cual determina, como se verá, el ámbito en que deben operar. Podríamos adelantarnos a reconocer

que a mayor nivel de abstracción, mayor es también la jerarquía jurídica que dispensa el sistema al elemento normativo utilizado. De allí que sea la Constitución, el instrumento que máxima influencia ejerce sobre los demás, debiendo todos ellos ajustarse a su contenido (principio de supremacía constitucional).

Finalmente, la construcción y funcionamiento de este sistema tiene un propósito perfectamente definido que consiste en la organización del cuerpo social en función de los valores que predominan en quienes gestan las diversas manifestaciones jurídicas (potestades). En consecuencia, el derecho es un instrumento complejo, susceptible de adaptarse a las circunstancias de la vida social, permitiendo una convivencia pacífica, estable, capaz de garantizarnos la paz, el orden y la seguridad jurídica.

Lo que interesa, en consecuencia, es comprender cómo está diseñado este sistema y cómo funciona para el logro de sus fines. Creemos que esta cuestión es presupuesto esencial para la formación jurídica, y que de poco o nada servirá la información si no somos capaces de integrar su contenido al modelo. Comenzaremos por analizar primeramente la estructura orgánica de este último, puesto que solo así será posible interiorizarse de su operatividad interna.

Estructura normativa

El derecho es una ciencia normativa. Trabaja con abstracciones y su desarrollo apunta a la singularización de un mandato general y abstracto (“norma”), a fin de transformarlo en un mandato particular y concreto (“regla”). Desde este punto de vista la norma (que efectivamente puede definirse para simplificar las explicaciones como un “*mandato general y abstracto*”), no es más que una premisa llamada a desarrollarse por medio de la interpretación. Esta última es un procedimiento debidamente organizado cuyo destino final es aplicar la “norma”, lo cual en el fondo importa transformarla en “regla”.

En nuestro derecho existen tres fuentes que generan “normas” de diversa jerarquía: la constituyente, la legal y la reglamentaria. Cada una de ellas tiene un campo de acción perfectamente acotado y es esencial que no se desborde su competencia. La norma superior (Constitución), fija la estructura orgánica del Estado, los principios en que se inspira, los derechos fundamentales y los medios para hacerlos valer. Las normas legales (leyes) ejecutan lo dispuesto en la Constitución desarrollando su mandato en materias que se hallan precisadas en forma expresa. Finalmente, las normas reglamentarias (reglamentos) o, bien, disponen la forma en que deben ejecutarse las leyes (reglamentos de ejecución) o, bien, regulan materias que no son propias de ley (reglamentos autónomos).

Lo característico y enriquecedor del sistema es la necesaria armonía y coherencia que existe entre las expresiones normativas indicadas, de modo que lo prevenido en la Constitución encuentra su medio de ejecución en

la dictación de la ley, y esta en el mandato de los reglamentos. Se descarta así toda contradicción o antinomia y se construye un orden en el cual cada norma encuentra su soporte en otra norma de mayor jerarquía. Dicho de manera distinta, “la norma le da vida a la norma”, a partir de un principio jerárquico que el sistema resguarda celosamente y de lo cual depende la validez (obligatoriedad) de cada mandato jurídico. Si observamos con rigor, comprenderemos, sin embargo, que las normas no se aplican *directamente* al imperado, ya que mientras se mantengan como abstracciones no pueden cumplirse sin antes singularizarse su prescripción (nadie puede cumplir una abstracción sino una vez que se especifica el contenido de lo ordenado).

La estructura normativa concluye con la determinación de lo que hemos denominado “reglas”, esto es, mandatos particulares, nominativos y concretos que, fundados en las normas, imponen deberes específicos. Sostenemos la existencia de cuatro tipos de *reglas* que dejan en evidencia que se trata de instrumentos destinados al cumplimiento de las normas, al cual deberá adicionarse un contenido que emana de la autoridad que interviene en su dictación, que no entra en conflicto con el mandato normativo: *el “acto o contrato”*; *“la resolución administrativa”*; *la “sentencia judicial”*; y *la “pararregla”*¹. Cada una de ellas surge del ejercicio de una *potestad* que el sistema asigna a un sujeto determinado. El acto o contrato es una manifestación de la *autonomía privada*. La resolución administrativa de la *potestad administrativa*. La sentencia judicial del ejercicio de la *jurisdicción*. Finalmente, la pararregla es manifestación de la *voluntad* del imperado de cumplir espontáneamente el derecho, para lo cual deberá singularizar el mandato normativo por sí mismo sin perjuicio de los controles y revisiones que contempla el sistema.

Aclaremos, desde luego que, como se dijo, nadie puede cumplir un mandato abstracto sin que previamente se nominalice con precisión al imperado al cual va dirigido. ¿Qué ocurre, entonces, con la inmensa mayoría que cumple las norma sin que medie para ello ni un acto o contrato, ni una resolución administrativa, ni una sentencia judicial? La respuesta es obvia, el sujeto singulariza el mandato por sí mismo, creando una “pararregla”.

Puede decirse con propiedad, entonces, que las normas se cumplen a través de las reglas y que un mandato abstracto y general, termina transformado en un mandato particular y concreto. Desde este punto de vista, el derecho va adaptándose gradualmente a cada imperado, a partir, ni más ni menos, que de la propia Constitución. Estructuralmente el sistema jurídico queda así conformado por dos plataformas diversas: la normativa y la regu-

¹ Al tratar esta materia en los trabajos publicados, llamamos a la “pararregla”, “regla personal, tácita y autocompuesta”, asignándole todos los rasgos que la caracterizan. Sin embargo, para facilitar su análisis y comprensión hemos preferido usar la nomenclatura citada.

latoria. Los referidos niveles se complementan a medida que se desarrolla el primero y surge el segundo en ejercicio de las potestades antes invocadas.

Establecido que la ley vale (obliga) porque ejecuta la Constitución; el reglamento porque ejecuta la ley; la sentencia judicial, el acto administrativo y el acto o contrato porque se ajusta a la ley o el reglamento, se llega a una conclusión fundamental: la validez jurídica (capacidad para obligar) es *derivada*, o sea, se traspa en los respectivos peldaños del sistema incorporando el producto del ejercicio de la respectiva potestad.

Creemos que con lo dicho queda perfectamente establecido que el derecho es un sistema de estructura escalonada en que las normas y las reglas se van desprendiendo unas de otras hasta alcanzar la singularidad que hace posible el cumplimiento de lo previsto en la norma superior. A mayor abstracción y generalidad, también mayor será su poder vinculante. Así, por vía de ejemplo, la Constitución es la norma de máxima generalidad y abstracción y, por lo mismo, la que tiene también la máxima jerarquía en el sistema (los principios que enuncia y las disposiciones orgánicas que contiene gravitan en todo el ordenamiento dotándolo de seguridad y estabilidad).

El dominio de esta estructura orgánica es condición esencial del “criterio jurídico”, puesto que permite comprender cómo se va desarrollando la trama e interacción del derecho, su alcance y sus limitaciones.

Restaría por analizar la pregunta que inevitablemente surge cuando se trata de la validez derivada y la composición escalonada del ordenamiento jurídico. ¿Si todo mandato jurídico está legitimado por una norma de rango superior, por qué vale la Constitución, en circunstancia que por sobre ella no existe ningún soporte normativo que la sustente? Es aquí donde se introduce, a nuestro juicio, uno de los capítulos más apasionantes de la teoría del derecho, que recibe de lleno la influencia del ius naturalismo y el positivismo, impregnando lo jurídico de contenidos axiológicos que explican, incluso, la razón de ser e importancia de esta ciencia social. No es este el lugar adecuado para analizar esta cuestión, pero no cabe duda de que ello incide directamente en el criterio y formación jurídica².

Funcionalidad del sistema

Lo que planteamos corresponde a la necesidad de entender y dominar el funcionamiento de los órganos jurídicos, todo lo cual hace posible que el derecho

² El análisis de esta interrogante nos ha llevado a plantear la existencia de un “acto original institutor del derecho” que no corresponde a un acontecimiento histórico, sino al momento en que confluyen todas las exigencias básicas para que el ser humano transite entre una “era ajurídica” y una “era jurídica”. La explicación trasciende, como es natural, lo meramente descriptivo.

sea capaz de organizar y garantizar el orden social, normativizando la conducta de todos y cada uno de los integrantes de la comunidad civil. Como nuestro cometido es configurar en líneas gruesas lo que hemos denominado “criterio jurídico”, nos limitaremos a destacar cinco grandes principios que todo abogado debe dominar y aplicar con soltura para facilitar la evolución dinámica del derecho.

Principio de autogeneración

El derecho solo se crea aplicando el derecho. Salvo que nos remitamos a la discutible aparición del fenómeno jurídico (sobre lo cual los autores tienen muy disímiles posiciones y teorías), toda norma y toda regla es fruto de la función de una potestad que opera ciñéndose, estrictamente, a lo que disponen las normas que la crearon y reconocen como tal. Más claramente, el derecho se genera a sí mismo, sea que ejecute un mandato superior o sea que haga uso de la facultad (reconocida por el derecho) de reglar una conducta social determinada (lo que ocurre, por ejemplo, cuando el Presidente de la República dicta un reglamento autónomo, vale decir, sobre materias que no son de reserva legal). Hans Kelsen pone acento en que señalamos diciendo

“Este análisis de la conciencia jurídica positiva, que establece la función de la norma fundamental, descubre también una particularidad específica del Derecho: *el Derecho regula su propia creación*”³.

Por consiguiente, todo mandato que integre el sistema jurídico expresa no solo el contenido de la norma superior que le ha dado validez, sino, también, el ordenamiento jurídico en su totalidad. Lo que señalamos permite afirmar que al infringirse una norma se infringe con ello la plenitud del derecho. La autogeneración del derecho impone el deber adicional de conocer las facetas principales de las instituciones jurídicas básicas, puesto que no puede dictarse una resolución administrativa, ni una sentencia judicial, ni celebrar un acto o contrato contraviniendo lo instituido en los órganos rectores del sistema.

Principio de plenitud

El aporte más significativo del derecho a la sociedad civil, es la plenitud regulatoria de todas las conductas sociales imaginables. El sistema se ocupa de que los imperados se hallen en situación de resolver todos los conflictos intersubjetivos aplicando el derecho vigente y evitando la confrontación primitiva e irracional. ¿Cómo lo consigue? Distinguiendo el campo del *derecho público* y el campo del *derecho privado* a través de los llamados “criterios de

³ KELSEN (1993), p. 57.

distinción”⁴. En el primero (derecho público) la autoridad solo puede hacer aquello que está expresamente permitido en la Constitución y la ley, entendiéndose que en lo demás existe una prohibición. En el otro (derecho privado), el imperado puede hacer todo aquello que no se encuentra expresamente prohibido, existiendo, a la inversa, una autorización o permisividad para obrar válidamente. Como puede observarse, el sistema prescribe cuando manda, permite o prohíbe expresamente, pero también cuando guarda silencio. En consecuencia, es dable encontrar una regulación para cualquier situación, así esté o no prevista en la norma. Esta afirmación, probablemente demasiado radical, se debe conciliar con el principio de “inexcusabilidad” (consagrado tanto en la Constitución como el *Código Orgánico de Tribunales*). Interfieren en esta rígida reglamentación nuevos conceptos que alteran los juicios tradicionales. Tal sucede con las normas de orden público, los derechos fundamentales, la exclusión de la discriminación y la arbitrariedad, la desproporción de sanciones y prestaciones, etcétera. Como puede observarse no es nada fácil, en este momento, deducir si una norma tiene carácter público o privado.

Principio de conocimiento presuntivo del derecho

Uno de los presupuestos esenciales para el funcionamiento del sistema normativo es el conocimiento presuntivo de la ley. Probablemente sea este uno de los rasgos más difíciles de explicar respecto de la vigencia de las normas. El artículo 6 y siguientes del *Código Civil* prescribe que la ley se presume conocida por todos desde su entrada en vigencia. La presunción se funda en un hecho conocido: la publicación de la ley promulgada en el órgano que dispone la ley. Si bien es cierto que una ley puede disponer la publicación en cualquier medio de comunicación, en Chile ello no ha ocurrido nunca y todas las leyes han sido publicadas, en orden cronológico y estricta numeración, en el *Diario Oficial*, según dispone el artículo 7° del citado *Código Civil*. Agreguemos el hecho de que se trata de una “presunción de derecho” que no admite prueba

⁴ Son numerosos los criterios de distinción que se han propuesto, sin perjuicio que la cuestión se hace cada vez más compleja por efecto de materias cuya regulación ofrece elementos de una y otra área en especial en el ámbito del derecho moderno. Con todo, en nuestras clases hemos optado por un “criterio de distinción” que pone énfasis en la “naturaleza de la relación”. Se trata de distinguir entre relaciones de coordinación (las partes se hallan en un pie de igualdad) y relaciones de subordinación (un sujeto está por encima del otro), atribuyendo a las primeras el carácter de derecho privado (salvo tratándose de las relaciones regidas por el derecho internacional público); y a las segundas el carácter de derecho público (entendiendo que un sujeto está jurídicamente subordinado a otro toda vez que está regido por normas especiales). Pero debemos insistir en que la diferenciación se hace más difícil por la aparición de diversas ramas del derecho que participan de ambos tipos de relaciones.

en contrario. Es un hecho indiscutible que la premisa o antecedente fáctico de esta presunción es *falso*, ya que la respectiva inserción no es conocida, sino por una ínfima minoría y, generalmente, en materias específicas que interesan a sectores limitados. ¿Cómo justificar, entonces, esta presunción de derecho que constituye una de las bases en que se sustenta el sistema jurídico? Creemos que este problema abre paso a una reflexión más compleja. El funcionamiento de todo este complicado sistema supone que las normas estén en armonía con los valores y preferencias que predominan en la sociedad, de modo que la tarea del legislador (más delicada de lo que se supone), radica esencialmente en recoger todo aquello que forma parte del espíritu de la nación y acomodar a ese sentimiento su legislación. Para demostrar en forma irrefutable lo que aseveramos basta con recordar que el sistema jurídico no funciona si la mayoría, en forma espontánea (voluntariamente y sin apremios), no cumple lo que dispone la ley, puesto que los órganos sancionadores están concebidos para castigar el incumplimiento excepcional y en ningún caso generalizado. Por lo tanto, el autor de las leyes (poderes colegisladores) debe comenzar por plasmar en el texto de la norma aquello que responde a las expectativas, anhelos, aspiraciones y sentimientos que gravitan casi siempre silenciosamente en el inconsciente de las grandes mayorías nacionales. Bastan estas aseveraciones para medir la importancia del principio que comentamos. No sin razón se ha sostenido que más que una presunción, el conocimiento de ley debe considerarse una “*ficción*” que hunde sus raíces en la realidad social.

Principio de las potestades reguladas

Complementando lo comentado, diremos que todas las potestades normativas (constituyente, legislativa, reglamentaria) y regulatorias (administrativa, autonomía privada, jurisdicción), se hallan reguladas y carecen de poder discrecional. No podría ser de otra manera si, como queda planteado, el proceso de singularización normativa –que da origen a la “regla” que es, en definitiva, la que debe cumplir el imperado– descansa sobre la base de un proceso coherente en que van reproduciéndose los elementos normativos que se traspasan sucesivamente desde lo más abstracto y general a lo particular y concreto. Como resulta obvio, el ejercicio de las potestades está controlado por otras potestades, asegurándose con ello la armonía y coherencia del sistema. Es aquí donde cobra fuerza el principio de distribución y equilibrio de los poderes del Estado. En la medida que se concentren las facultades en pocas manos, desaparecerá progresivamente la participación de uno o más sectores, y el necesario aporte de este en el proceso de singularización del mandato normativo. A medida que el derecho se perfecciona, a la inversa, aumentan los niveles de participación y control sobre el ejercicio de las potestades.

Principio de interpretación como instrumento de aplicación de la norma

Conviene destacar, desde luego, que la llamada interpretación no es más (ni es menos) que el instrumento de que dispone el jurista para aplicar la norma. Cualquiera que sea la teoría o escuela que se siga sobre la interpretación, su función será siempre la misma: desentrañar el verdadero sentido y alcance de la norma y abrir espacio para la creación de la “regla” (mandato particular y concreto), por medio de la cual se cumplirá dicha norma⁵. Reiteremos que esta última solo puede cumplirse a través de las reglas, puesto que no es posible ejecutar lo ordenado por un mandato general y abstracto, sin que sea previamente singularizado. Por consiguiente, la interpretación, como instrumento de aplicación del derecho, consta de dos etapas: la *formal* y la *sustancial*. La primera destinada a conocer el sentido, voluntad e intención de la norma; la segunda, a crear una regla que se desprenderá de la norma (lo que se logra al transmitirle sus elementos esenciales). Por lo tanto, el intérprete crea derecho en un marco limitado, es cierto, pero aportando los elementos de la realidad que procura regular. Lo sostenido revela que toda norma, con prescindencia de la claridad gramatical de su contenido, debe ser interpretada, esto es, descompuesta para efectos de generar la regla o reglas que permiten su cumplimiento. Ni remotamente basta con conocer lo que la norma expresa, es necesario, además, construir el medio que permitirá darle cabal aplicación.

III.- DOMINIO DE LAS INSTITUCIONES FUNDAMENTALES

Por último, siempre en el plano de lo que hemos denominado “criterio jurídico”, es necesario que el candidato a abogado tenga un dominio pleno de las instituciones jurídicas fundamentales, sin perjuicio de las ya mencionadas en lo que antecede. Desde este punto de vista es bueno reconocer que nuestro *Código Civil* es un compendio de instituciones jurídicas que se mantienen en el tiempo y que subyacen, casi sin excepción, en las reformas y modernizaciones propias de los tiempos que vivimos. A medida que se profundiza una cierta materia, aparecen elementos normativos que aporta la antigua regulación contenida en los textos tradicionales. Son numerosas las instituciones que podrían citarse a este respecto. Para el examen de la materia que nos convoca hay que dejar sentado que, además, el conocimiento de las referidas

⁵ Sobre esta materia y en armonía con los planteamientos expuestos, invocamos nuestro libro, RODRÍGUEZ (1995).

instituciones fundamentales son un aporte invaluable para la formación del “criterio jurídico”.

No faltará quien afirme que es conveniente arrasar con el derecho tradicional para instaurar un derecho nuevo más acorde con las necesidades de nuestro tiempo. Esta afirmación no revela otra cosa que no sea la falta de reflexión y estudio, porque basta con examinar una institución cualquiera de las muchas legisladas en los textos tradicionales para descubrir la influencia que señalamos. Con todo, no se crea que propiciamos un estancamiento en la modernización de nuestra institucionalidad jurídica. Es indudable que el derecho debe adaptarse a las necesidades que demanda la sociedad, pero negar principios, soluciones, efectos, caracteres y rasgos aportados por las instituciones básicas, es un contrasentido que confunde y debilita el “criterio jurídico”, puesto que, a la postre, seguirán gravitando, aun inconscientemente, en el entendimiento del sujeto de derecho. Puede afirmarse que los principios que recoge nuestro orden jurídico básico perviven, aun en el evento de que se hagan muchos esfuerzos para aparentar su sustitución.

No se confunda lo que afirmamos con innovaciones fruto del desarrollo científico y tecnológico. Así, por vía de ejemplo, las normas sobre filiación han experimentado modificaciones y cambios sobre la base de certezas científicas que no pueden ignorarse. Sería absurdo mantener disposiciones cuya razón de ser no se justifica atendido los avances propios de la época actual⁶. Pero, incluso en esta área del quehacer jurídico, siguen pesando principios (matrimonio monogámico, heterosexual, diversidad de género, etcétera) que será difícil erradicar de la conciencia colectiva por más esfuerzo publicitario que se haga sobre este particular. No puede negarse, tampoco, que los valores imperantes en nuestra sociedad van evolucionando como manifestación de una cultura impuesta por los medios de publicidad, la glorificación de la riqueza como medida suprema del éxito o el fracaso y la permanente promoción del consumo.

Es probable que lo más llamativo de esta reflexión sean los cambios profundos experimentados por el mercado en las economías libres. Las normas sobre formación del consentimiento –incorporadas por razones históricas al *Código de Comercio*– han debido variar radicalmente, sea por el avance tecnológico o sea por la aparición de un mercado masificado, cuyo principal recurso contractual es el llamado contrato por adhesión, apenas insinuado en la regulación contemplada en el *Código Civil*.

Podríamos decir, finalmente, que, si bien es cierto que la sociedad contemporánea evoluciona, cuenta cada día con mayores recursos tecnológicos,

⁶ En nuestra época de estudiante solía citarse como “condición imposible” viajar a la Luna. Hoy este hecho futuro e incierto es perfectamente posible de realizar.

se globaliza y desarrolla en provecho de todos los imperados, subsisten las viejas instituciones y principios, aportando lo que se califica como “derecho tradicional.” Asignamos a estas instituciones y principios una fuerza que contribuye a la estabilidad del orden jurídico, exigencia primaria de todo sistema de organización social.

IV. DIVERSAS CALIDADES DE ABOGADOS

Un estudio objetivo de la profesión de abogado, en este momento, nos llevará a la constatación que el mercado de los servicios jurídicos demanda dos tipos diferentes de dichos profesionales: los *abogados corporativos* y los *abogados forenses*. Los primeros asesoran y supervigilan la actividad pública y privada de modo que se reduzca al máximo la conflictividad que nace de la aplicación de las normas. Su tarea aparece estrechamente ligada a los objetivos de la empresa moderna, cuya estructura en lo técnico, laboral, tributario y reglamentario en general, exige una asistencia continua y de calidad. En la medida que ello ocurra la empresa se hará más eficiente y segura. Los segundos (abogados forenses), tienen un papel diametralmente distinto, puesto que deben hacerse cargo del “conflicto”, por regla general ante la supervisión de quien ejerce la jurisdicción. Como lo hemos sostenido repetidamente, la función que corresponde a estos abogados, se halla integrada al ejercicio de la jurisdicción (contribuyen y participan en el funcionamiento de una potestad pública), son, por lo tanto, “colaboradores de la justicia”. De aquí que juzguemos que deben ellos ser previamente calificados por los tribunales superiores de justicia, a fin de demostrar la idoneidad que exige la naturaleza de la intervención a que aludimos⁷. A lo anterior debemos agregar un nuevo factor: la *especialidad*. En este momento ningún abogado podría dedicarse seriamente a cualquier materia, dado el incremento de la normativa, la aparición de nuevas ramas del derecho, las reformas y modernizaciones de las instituciones, el enfrentamiento de una problemática hasta ayer desconocida, etcétera.

⁷ Hemos sostenido, desde hace años, que para aceptar la intervención de los abogados en el curso del juicio respectivo, es necesario que ellos hayan demostrado que están habilitados, desde el punto de vista de su preparación profesional, para participar en el ejercicio de una potestad pública. En todos los países avanzados existe esta exigencia (España, Francia, Estados Unidos, etcétera) que, por cierto, no es aplicable a los abogados corporativos. Si se atiende, por otra parte, a la calidad de los estudios jurídicos en varias otras universidades, se constatará la urgente necesidad de introducir esta reforma en resguardo de los intereses colectivos. Debemos, aún, señalar que el aumento desmesurado de abogados intensificará la competencia, lo cual, casi con toda certeza, hará más frágil el respeto por las normas deontológicas que rigen nuestra profesión.

De aquí que la formación de pregrado se satisfaga dotando al estudiante de “criterio jurídico”, en cuanto capacidad para conocer un problema, ubicarlo en el ámbito de sistema jurídico y aproximarse a las posibles soluciones. La especialización debe alcanzarse en una segunda fase de posgrado, atendido el nivel de profundidad que exige estudios de mayor complejidad.

V. ESTADO DE DERECHO

La suprema aspiración de todo sistema jurídico es lograr la construcción de un “Estado de derecho”. ¿Qué alcance tiene este postulado, tan frecuentemente invocado en todos los ámbitos de la comunidad? A nuestro entender, se trata de la instalación de un cierto modelo de organización social, que reconozca la separación de los poderes públicos, que someta a todos los individuos a las mismas normas de conducta, que elimine la discrecionalidad, la arbitrariedad y la discriminación injustificada, que asegure la libertad individual y que proporcione la certidumbre de que la normativa jurídica será acatada o, en su caso, hecho respetar. Ninguna profesión está más ligada a esta concepción que la de abogado, porque su instrumento esencial es la norma, en cuanto mandato e imposición de una conducta integrada a la sociedad.

Cualquiera que sea el destino de las personas vinculadas a los estudios jurídicos, todos ellos tendrán respecto del medio en que viven una percepción diferente tanto de sus obligaciones, deberes y contribución al bien común. De aquí la necesidad de aunar las visiones y orientarlas en un mismo sentido. No nos engañamos al afirmar que el conocimiento jurídico hace mejores ciudadanos al proporcionarles una visión diferente de lo que es la vida social y su organización. No puede desconocerse que entre las fallas más ostensibles del sistema, indispensable para su mejor desempeño, es la mediocre educación cívica que exhiben los imperados. Mientras ello perdure será difícil lograr un elevado grado de satisfacción con el sistema jurídico. Lo señalado justifica la necesidad de divulgación y comprensión ciudadana.

BIBLIOGRAFÍA

- KELSEN, Hans (1993): *Teoría pura del derecho* (México, Editorial Gernika).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (1995): *Teoría de la interpretación jurídica* (2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

LA DEMOCRACIA MODERNA: EL OCASO DEL GOBIERNO DEL PUEBLO

MODERN DEMOCRACY: THE SCOPE OF THE GOVERNMENT OF THE PEOPLE

Julio Alvear Téllez

PALABRAS CLAVE: Democracia moderna - Racionalismo político - Gobierno del pueblo.

KEYWORDS: Modern democracy - Political rationalism - Government of the people.

Desde la Revolución francesa hasta nuestros días se ha venido imponiendo, primero a Occidente, después al mundo, un régimen político que denominamos “democracia”. Una feliz solución se nos repite hasta el cansancio a los problemas del poder y sus límites, a las cuestiones de participación política, a los anhelos de libertad ciudadana, a las aspiraciones de igualdad, etcétera.

Se trata, sin embargo, de un régimen político que, en la actualidad, parece señalar el fin de una época. Un régimen que a diversos títulos se encuentra en el ocaso.

Para comprender los alcances de esta afirmación es necesario determinar, en primer lugar, qué se entiende por “democracia” y qué se sugiere con el calificativo de “moderna”. Solo así podremos descubrir, subsecuentemente, los problemas y disfuncionalidades que le aquejan, y en qué sentido puede hablarse de un “ocaso”.

Hemos querido innovar con un aporte desde el ángulo de la filosofía política. Para el campo puramente descriptivo de los problemas de la democracia moderna, remitimos a la conocida literatura especializada.

I. QUÉ SE ENTIENDE POR “DEMOCRACIA MODERNA”

Para discernir qué es la “democracia moderna” debemos distinguir entre los dos términos.

En primer lugar, el término ‘democracia’. Por ‘democracia’ hay que entender no solo una *forma de gobierno*, sino un *régimen político*.

Como *forma de gobierno*, la ‘democracia’ es una palabra sin pretensiones ideológicas. Alude a una realidad política bastante clara, que puede darse o no en la historia de las civilizaciones. Hay democracia cuando la población participa en diversos grados en la gestión pública. Puede, intervenir, por ejemplo, de un modo directo respecto de los asuntos que le competen cotidianamente, como los ciudadanos cualificados de la Atenas clásica o los vecinos acreditados de los cabildos indianos. O de un modo indirecto, por representación corporativa y mandato con instrucciones, como en las cortes medievales. Es la democracia que santo Tomás considera como un elemento mediador del *régimen mixto*.

En los tiempos modernos, la democracia como forma de gobierno se ha complicado. Los ciudadanos participan regularmente en la gestión pública, aunque a saltos (cada cuatro años, por ejemplo) y solo de un modo indirecto o por representación. Otorgan, además, un mandato libre, no con instrucciones. Eso significa, que, en la práctica, el representante se desliga, desde el mismo día de la elección, de quienes realmente le han votado, porque teóricamente se supone que representa a la nación toda.

Precisamente aquí se ha contaminado la democracia como *forma de gobierno*. Jean-Jacques Rousseau abominaba de los “intereses particulares”, pues no había manera de acoplarlos a la Voluntad General. Desde entonces, los representantes populares representan, en rigor, a esa Voluntad Abstracta y con mayúscula (que puede encarnarse en “el pueblo”, “la nación”, “la raza”, “el Estado”, etc.), y no a sus electores.

En este tránsito de la democracia como *simple* forma de gobierno (la población participa en la gestión pública concreta) a una forma de gobierno *perturbada por una ideación artificial* (la población participa en una gestión pública hipostasiada por entes abstractos), se nos aparece, por primer vez, lo “moderno”. Nos referimos a la “Modernidad”, comprendida no en un sentido cronológico, sino ideológico o, para ser más preciso, teorético¹.

Este tránsito fatal es casi indiscernible a primera vista en la manualística constitucional. Pero se encuentra claramente planteado en aquellos que idearon la democracia moderna: los ilustrados. Si los leemos con atención

¹ CASTELLANO (2013), pp. 227-253.

(lo que, por cierto, no suele hacerse), encontraremos explicitado el punto. La *Enciclopedia* (1751-1772), por ejemplo, reconoce la existencia de la democracia, en su sentido clásico, como simple forma de gobierno, con sus ventajas y desventajas. Anota al respecto:

“aunque no pienso que la democracia sea la forma más cómoda y estable de gobierno, y aunque estoy persuadido de que es desventajosa para los grandes Estados, la creo, no obstante, una de las formas más antiguas de las naciones que han seguido esta máxima equitativa”².

En su sentido “moderno”, ya ideologizado, donde la noción de pueblo tiene un sentido de revolución, la democracia como forma de gobierno toma otro cariz. Leemos también en la *Enciclopedia*:

“[La democracia es] “una de las formas de gobierno, en la cual el pueblo, como cuerpo único, posee toda la soberanía. Toda República en la que la soberanía reside en las manos del pueblo es una democracia”³.

En textos como el presente, hay que tener cuidado con el anacronismo. “Pueblo”, en esta lectura, no es la población concreta de la Francia cristiana de la época, con sus familias extendidas, sus asociaciones autónomas e independientes, sus villas y ciudades dotadas de privilegios. “Pueblo” no es la “sociedad de sociedades” que los enciclopedistas tenían a la vista. “Pueblo” es la base material de la futura democracia: el conjunto de individuos inculificados, potencialmente iguales y libres (de vínculos asociativos), cuyas voluntades formarán, a partir de “cero”, la Voluntad General, de acuerdo con la fórmula ideada por Jean-Jacques Rousseau⁴.

A partir de este momento genético, no nos encontramos con la democracia como *forma de gobierno*. Tenemos ante nosotros a la democracia como *régimen político*, es decir, como sistema de organización de las instituciones públicas. Evidentemente, la democracia no queda ahí. Subyace al régimen político, una manera de organizar la sociedad, esto es, de someterla, en su conjunto, a un *sistema*. Con lo que se pretende, además, derivar una *forma de vida*.

En consecuencia, cuando hablamos de “democracia”, el término ‘democracia’ ha superado en mucho a la simple forma de gobierno. Es entonces cuando se vuelve “moderna”. Por “democracia moderna” deberemos entender un *régimen político*, un *sistema social* y una *forma de vida*. Connotando

² DIDEROT y D’ALEMBERT (1986), p. 22.

³ *Ibid.*

⁴ Para las diversas acepciones de pueblo, AYUSO (2016), pp. 99-120.

que lo segundo y lo tercero derivan de lo primero. Lo que es típico de este régimen. En él, la fuerza política, en su eje conformador, no viene de abajo, de la población, como pareciera creerse, sino de arriba, del Poder.

La democracia como *régimen político*, y, correlativamente, como *sistema social* y *forma de vida*, es, como se comprenderá, algo bastante difícil de definir en todos sus alcances. Tiene mucho de ideación y de creencia, incluso de utopía (o de distopía, según se le mire). Para efectos de su definición, se suele confundir el artificio ideológico con la realidad existencial. Entre los cultivadores de la democracia moderna, no es nítido el umbral que separa ambos mundos. Aunque se reconoce que la puesta en práctica de la idea democrática a la realidad política y social depende de los tiempos, circunstancias y lugares, así como del nivel de adhesión del pueblo (¡qué paradoja!) a dichas creencias.

Lo que explica el casi infinito catálogo de definiciones que los especialistas formulan sobre la democracia. Y las advertencias que se ven obligados a presentar cuando tratan sobre ella. Por todos, sirvanos de ejemplo Robert Dahl. En una obra dedicada a la democracia sostiene:

“El problema de la terminología es formidable –dice– ya que parece casi imposible encontrar palabras usuales que no arrastren una pesada carga de ambigüedad y de excesiva significación. El lector deberá tener bien presente que, hasta donde me ha sido posible, los términos que utilizo a lo largo de todo el libro se emplean sólo en la acepción indicada en los párrafos precedentes”⁵.

La duplicidad entre el artificio ideológico y la realidad existencial que corresponde a la democracia explica, asimismo, el problema de su devaluación terminológica. Bajo la apariencia de la sobreestimación, la palabra ‘democracia’ se ha convertido en un lugar común del discurso público. Se apela a ella como eslogan, para justificar cualquier cosa. Por su intermedio se puede decir todo, o no decir nada. Philippe Schmitter y Kar Lynn observan:

“Desde hace algún tiempo la palabra democracia ha circulado como una moneda devaluada en el mercado político. Políticos de una amplia gama

⁵ DAHL (1993), p. 19, nota 4. Dentro de la corriente procedimentalista, prefiere hablar de ‘poliarquía’ en vez de democracia, por corresponder mejor a la realidad. Pero incluso para que esa realidad responda al modelo, se requiere de un cúmulo de condiciones no fáciles de cumplir. El autor las cifra en siete: “¿Qué condiciones favorecen significativamente las oportunidades para el debate público y la poliarquía?, digamos (...) siete series de condiciones: secuencias históricas, grado de concentración en el orden socioeconómico, nivel de desarrollo socioeconómico, desigualdades, segmentación subcultural, control extranjero y creencias de los activistas políticos”. *Op. cit.*, p. 39.

de convicciones y prácticas se han esforzado por apropiarse de dicha etiqueta para pegarla a sus acciones. A la inversa, los estudiosos dudan en usarla –sin agregarle adjetivos calificativos– debido a la ambigüedad de lo que ella refiere (...) Pero, para bien o para mal, estamos “amarrados” con la democracia como el reclamo del discurso político contemporáneo”⁶.

Efectivamente, la democracia es un reclamo omnipresente del discurso político contemporáneo. No lo es porque sea una simple *forma de gobierno*. Lo es porque a través de ella se exige que una particular filosofía se transforme en *régimen político*, en *sistema social* y en *forma de vida*. Es en esas circunstancias donde a la democracia se le suma el calificativo de “moderna”. Cuando se inspira, o, más precisamente, se *informa* en dicha *filosofía*, y en esa misma medida.

Una digresión. La democracia como *sistema social* y *forma de vida* recibe distintas nomenclaturas. Una de las más recurrentes es el denominado “*proceso de democratización*”. Con él se significa que la democracia, como autonomía decisoria, ha de inundar todos los espacios sociales, no solo el espacio político. En palabras de Norberto Bobbio,

“la democracia moderna nació como método de legitimación y de control de las decisiones políticas en sentido estricto, o de gobierno propiamente dicho tanto nacional o local, donde el individuo es tomado en consideración en su papel general de ciudadano y no en la multiplicidad de sus papeles específicos”.

Pero la democracia “no ha conseguido ocupar todos los espacios en los que se ejerce un poder que toma decisiones obligatorias para un completo grupo social”. Empero, su desarrollo supone “aumentar los espacios” donde puede ejercerse este derecho “a participar en las decisiones que a cada cual le atañen”⁷. El problema es que el proceso de democratización no tiene, de suyo, límites, por lo que podemos pensar en una transición siempre inacabada hacia la “verdadera” democracia⁸.

⁶ SCHMITTER y LYNN (1991), p. 75.

⁷ BOBBIO (1986), pp. 21-22.

⁸ Así, por ejemplo, en la literatura democrática, es habitual encontrar pasajes como éste: “vivimos objetivamente un tiempo de ‘transición de la democracia’. Transición que no es cosa fácil porque a la vuelta de cada esquina, detrás de cada piedra, están agazapados los enemigos de la democracia. ‘Transición a la democracia’ que todos esperamos se realice sin regresiones (...). Transición que es la aspiración genérica de la sociedad, en la que están ya sus partidos políticos y sus organizaciones”. FLORES (1995), p. 1.

II. RAÍZ FILOSÓFICA DE LA DEMOCRACIA MODERNA: EL RACIONALISMO POLÍTICO

La filosofía racionalista inspira la democracia que denominamos “moderna”. La cosmovisión inspiradora de la Modernidad es el racionalismo. La democracia moderna, por tanto, es hija del racionalismo político, un subproducto de él.

¿Y qué es el racionalismo? El filósofo español Rafael Gambra es quien lo ha definido con mayor exactitud, desde el ángulo teológico y metafísico. Pues es desde dicho ángulo donde primariamente ha de ubicarse la negación racionalista y sus proyectos subsecuentes de construcción política y social.

“La filosofía moderna obedeciendo secretamente a ese impulso hostil al teocentrismo, pretendió trasladar la condición de ser necesario desde Dios al mundo en que vivimos. No es que adjudicase la necesidad a cada una de las cosas reales existentes, lo que pugna con la experiencia, pero sí al mundo universo como realidad (...). Según la concepción racionalista, la contingencia no es algo real, sino un defecto de nuestra capacidad de conocer (...). La realidad no es una cosa contingente que recibió la existencia y necesita de un ser necesario como causa, sino que, en su ser total, es un ser necesario, algo que descansa en sí mismo y se explica por sí”⁹.

En consecuencia, el racionalismo, antes que una propuesta epistemológica, es una concepción metafísica, derivada de una postura teológica. El mundo y la naturaleza están mal hechos; lo que para los griegos era el *cosmos* y para los cristianos el *orden de la creación*, es, para el racionalismo, un error. El orden del ser, la naturaleza y la vida social son demasiado complejos para ser conocidos sin residuo (y, por tanto, enteramente controlados); la contingencia los hace impredecibles en múltiples circunstancias, y, en cuanto tales, no se puede contar con ellos para efectos de planificar un mundo mejor.

De esta concepción surgen, como consecuencia, las dos tendencias generales del racionalismo. Primero, la tendencia a reducir el orden del ser de lo complejo a lo simple, de lo superior a lo inferior, en un esfuerzo por materializar y matematizar todas las cosas a fin de medirlas y usarlas en planificaciones uniformadoras.

La segunda tendencia es el “progresismo”: la idea de que existe un progreso incondicionado en el quehacer del hombre porque la razón, desligada de toda instancia que le trascienda, tiende, por sí misma, hacia la omnicomprensión y dominio del mundo. La Modernidad considera la historia como

⁹ GAMBRA (1999), pp. 152-153.

un ascenso geométrico hacia el conocimiento perfecto y el dominio completo de las personas, las cosas y los acontecimientos. Lo no penetrable por la razón científico-técnica se le vuelve incomprensible, y debe ser eliminado. De ahí la tendencia a no respetar, en el orden vegetal y biológico, los ciclos de la naturaleza, y a prescindir del orden natural, de las peculiaridades individuales y de las contingencias históricas en el ámbito de las ciencias sociales y de las concepciones políticas.

Hemos dicho que la democracia en cuanto “moderna” es hija del racionalismo político. Se pliega, por tanto, a todos sus errores, a todas sus miopías, que parten por no reconocer la condición humana de la persona.

El racionalismo político no mira a la persona individual, existencial, ni a la realidad histórica que concreta sus tendencias naturales asociativas. Son datos demasiados contingentes y no controlables. La persona individual, diferenciada, vinculada, no es su hechura. Es más, es un dato previo que no tiene por qué existir, que no le sirve para efectos del progreso futuro, pues el racionalismo político lo que pretende es crear la sociedad y el régimen político en todas sus dimensiones a través de una planificación omnicompreensiva.

Esa planificación ha recibido distintos nombres en los dos últimos siglos, según la concepción política que rijan los ensueños racionalistas (el liberalismo y el socialismo, son las más persistentes). En los tiempos ilustrados se le dio a esa planificación un nombre sugerente, algo engañoso: el *pacto social*.

Ya que la sociedad no puede ser fruto de la naturaleza humana ni de la realización histórica, hay que partir de “cero”, de elementos puramente “racionales”. La base de la sociedad “racional” es, entonces, el individuo. No la persona concreta, de carne y hueso, entrañablemente vinculada y asociada, sino el individuo abstracto, incualificado, igual (carente de singularidad diferenciada) y libre (sin vínculos). Sobre esa entidad inexistente, anónima –los *homines novi* del racionalismo–, se construye la sociedad nueva.

Esta sociedad nueva es una creación de la razón pura, desligada, traída al mundo de los hechos por un acto casi mágico de la voluntad (el *pacto social*). Los racionalistas del siglo XVIII le denominaron *pactum unionis*, y se lo imaginaron, a modo de una escena teatral, en dos actos: el *pactum societatis* (del que surge la sociedad) y el *pactum subjectionis* (del que emerge el poder político). La sociedad política, en consecuencia, es un artificio, una construcción de la voluntad individualista (liberalismo) o colectiva (socialismo). En ambos casos, se desprecia cualquier dato real previo, de acuerdo con el paradigma de la Revolución francesa: solo se deben tomar en cuenta los individuos abstractos, incualificados, inexistentes.

Como el racionalismo político es antinatural –no tenemos tiempo de desarrollar aquí este punto, a diversos títulos tan obvio– las cosas no le sa-

len como planifica. La sociedad democrática de hombres libres e iguales, transparente, que se autogobierna, que ha limitado el poder y que produce felicidad social como quien secreta una flor, está lejos de ser una realidad. De ahí, una vez más, los problemas para definir en todos sus alcances la democracia moderna. ¿Vamos a definirla como ideación filosófica (el “ideal democrático”) o como realidad (el ideal plasmado en las instituciones y hechos sociales)?

Para efectos de la conceptualización de la democracia moderna, unos apuntan preferentemente al ideal democrático (que a fuer de utópico es susceptible a su vez de incontroladas modificaciones); otros se inclinan por describir la realidad (a veces bastante cruda) de su realización.

III. LA RAÍZ DE LA CRISIS

La disparidad entre el mundo democrático ideal y el real es notada por todos los especialistas, desde muy diversos enfoques (jurídicos, sociológicos, científico-políticos, etc).

“El problema central emana de una manifiesta sensación contemporánea de discrepancia entre la idea y la práctica. Con más precisión: comprende la percepción de un vacío entre el exaltado cuadro de la democracia que hemos heredado (...), por una parte, y la realidad de la democracia tal como la vemos en la actualidad por otra”¹⁰.

Uno de los puntos más delicados es el de la efectiva participación popular. Si la democracia moderna se autodefine como el gobierno del pueblo, ¿cómo es posible que el gobierno resulte, orillando toda pretensión teórica, alejado del pueblo? Al respecto, más que respuestas, son nuevas interrogantes las que se abren. Constata David Held:

“¿Pueden reconciliarse las exigencias de una vida pública democrática (debate abierto, acceso a los centros de poder, participación general, etcétera) con aquellas instituciones del Estado (desde el ejecutivo hasta las ramas de la administración) que florecen en el secreto y control de los medios de coerción, desarrollando su propio ímpetu e intereses, convirtiéndose, en palabras de Weber, en jaulas de ‘acero’, insensibles a las demandas del demos?”¹¹.

¹⁰ CHAMBERS y SALISBURY (1967), p. 3.

¹¹ HELD (1992), p. 341.

Cuando esa disparidad es grotesca se habla de “crisis”. Es lo que hace Norberto Bobbio cuando se refiere a las “promesas incumplidas” de la democracia moderna. Para nuestros efectos, citar a este autor resulta bastante funcional. El filósofo italiano reconoció, en su ortodoxia más pura, la génesis racionalista de la democracia moderna. Y, sin embargo, hubo de reconocer la dramática disparidad entre el ideal filosófico, que él sigue y defiende, y lo que ha resultado en la realidad política y social. Algo parecido a un pejesapo.

“La democracia nació de una concepción individualista de la sociedad, es decir, de una concepción por la cual la sociedad, toda forma de sociedad, especialmente la sociedad política, es un producto artificial de la voluntad de los individuos (...). La doctrina democrática había ideado un Estado sin cuerpos intermedios (...), una sociedad política en la que entre el pueblo soberano, compuesto por muchos individuos (un voto por cabeza) y sus representantes, no existiesen las sociedades particulares (...). Lo que ha sucedido en los Estados democráticos es exactamente lo opuesto: los grupos se han vuelto cada vez más los sujetos políticamente pertinentes, y cada vez menos los individuos (...) El modelo ideal de la sociedad democrática era el de una sociedad centrípeta. La realidad que tenemos ante nosotros es la de una realidad centrífuga”¹².

El ideal racionalista –monstruoso– de la sociedad centrípeta no funcionó, en la opinión de Norberto Bobbio. Es decir, en la sociedad afloraron los cuerpos intermedios, a pesar de los proyectos de uniformización de la democracia moderna. Esto representa, pese a lo que diga el autor, una victoria del orden natural –que es asociativo– por sobre los ensayos uniformadores del racionalismo político. Hay que recordar que en la Francia posrevolucionaria, la Ley Le Chapelier fue abrogada recién el año 1897.

Sin embargo, todo esto es, en cierto modo, una victoria pírrica. El Estado moderno –organizador de la democracia– es un Poder que se opone, por su propia entidad, a la constitución de familias y cuerpos asociativos vigorosos e independientes. Los cuerpos asociativos que han crecido y se han fortificado a la sombra de la democracia moderna son los más artificiales, los más vinculados, de *iure* o de *facto*, al sistema. Nos referimos a los partidos políticos, los grandes medios de comunicación de masas y los grupos económicos. De ahí la democracia transformada en partitocracia, rendida ante la propaganda mediática, regida por la “aristocracia” del dinero.

De cualquier manera, la democracia moderna se viste como democracia representativa. Pero en este punto, también es problemática.

¹² BOBBIO (1986), pp. 17-18.

“La democracia moderna, nacida como democracia representativa, en contraposición a la democracia de los antiguos, debería haber sido caracterizada por la representación política, es decir, por una forma de representación en la que el representante, al haber sido llamado a velar por los intereses de la nación, no pueda ser sometido a un mandato obligatorio (...). Jamás una norma constitucional ha sido tan violada como la prohibición del mandato imperativo; jamás un principio ha sido tan menospreciado como el de la representación política (...) (Avanzamos hacia) la sociedad neocorporativa como una forma de solución de los conflictos sociales que utiliza un procedimiento, el del acuerdo entre las grandes organizaciones, que no tiene nada que ver con la representación política y que, en cambio, es una típica expresión de la representación de intereses”¹³.

Norberto Bobbio formula esta promesa incumplida de la democracia moderna, condicionado por los supuestos filosóficos de esta. Pero, de verdad, estos supuestos resultan bastante gratuitos. La representación política no equivale, como quiso la Revolución francesa y los regímenes que le han sucedido, a representación de los intereses de la “nación”. Primero, porque el concepto político clave no es el de “representación”, sino el de “buen gobierno”. Segundo, porque no existe la “nación” abstracta, como totalidad obtenida de la suma de voluntades individuales que se proyecta a futuro. Una nación es siempre una realidad concreta, prolongación de un pasado comúnmente compartido. No se forma por actos de voluntad de individuos incualificados, sino por tradiciones, costumbres y vivencias compartidas a lo largo del tiempo, capaces de moldear un modo de ser común. Se refleja no solo en los individuos, sino en todos los cuerpos asociativos.

Representación política “nacional” equivale, entonces, a lo inverso: a representación de los distintos brazos, países, provincias, pueblos y asociaciones que conforman una nación. Es una representación fundada en la concreción, no en la abstracción separada de la realidad.

Representación política es representación ante el buen gobierno, para que este conozca las necesidades de la población en toda su variedad. La representación política sirve, no tanto a “intereses” (término rebotante de utilitarismo individualista), sino a “necesidades”. Y, más allá de estas, la representación es un canal de expresión de algo desconocido por la democracia moderna, pero bien conocido por los regímenes políticos anteriores: las virtudes políticas, particularmente la fidelidad y la devoción por quien o quienes encarnan el servicio al bien común, en un entorno más o menos sagrado.

¹³ BOBBIO (1986), pp. 19-20.

Con todo, hay un residuo de verosimilitud en lo que sostiene Norberto Bobbio. La realidad de la democracia moderna no es la del gobierno del pueblo, sino la de los grupos de interés que controlan su estructura gubernativa y administrativa mediante el poder del Estado, el poder mediático y el poder financiero. Esos grupos sí son de “interés” y en los días de hoy pueden constituirlos minorías fuertemente ideologizadas, con pretensiones de imponerse sobre el resto de la población.

En este sentido, la increencia respecto de la democracia moderna como gestora apropiada para resolver los problemas políticos parece ser mucho más fuerte –fuera de los círculos académicos, por cierto– que lo que reconoce Norberto Bobbio.

*“Nos hallamos, dice Sheldon Wolin, en una época en que el individuo busca de modo creciente sus satisfacciones políticas fuera del ámbito tradicional de la actividad política”*¹⁴.

Hay otras promesas incumplidas de la democracia moderna que es imprescindible destacar. Primero, la persistencia de las oligarquías. La democracia no cumplió su promesa de derrotar el poder oligárquico, porque se ha de reconocer, forzosamente, que las oligarquías de poder son inherentes a todo gobierno. Con lo cual la democracia transmuta su significado: pasa a ser un sistema de gobierno en el que sus élites de poder compiten por captar el voto electoral. En segundo lugar, la democracia moderna no ha logrado la eliminación del poder invisible, del “doble estado” (técnicas panópticas, masonería, mafias, servicios secretos no controlados, etc.), lo que haría más necesario que nunca el control público del poder¹⁵.

Conviene observar que para la democracia moderna el “control del poder” es esencial, o, mejor diremos, lo único esencial. El poder se asimila a un mecanismo que debe funcionar, y, como tal, ha de ser controlado, como el acelerador de un vehículo. El poder se concibe a modo racionalista: como una fuerza en estado puro, a la que se dota jurídicamente (esto es, extrínsecamente) de un objetivo, que en hipótesis, puede ser cualquiera, mientras lo

¹⁴ WOLIN (1973), p. 378. En Estados Unidos se han realizado estudios sobre la percepción que los ciudadanos tienen de la democracia. Hay cuatro grupos. El “republicanismo conforme” que considera la democracia como el mejor régimen político y el más óptimo estilo de vida; el “conservadurismo diferencial”, para quien la democracia es indiferente, pues el egoísmo caracteriza a la política, independiente del régimen; el “populismo desafecto” que sostiene que el Poder está controlado por las oligarquías empresariales y financieras, de tal modo que la igualdad democrática es una quimera; y el “liberalismo privado”, que sostiene que la democracia es un disvalor. DRYZEK y BEREJIKIAN (1993), pp. 48-60; GOODIN (2003), pp. 147-150; KORSTANJE (2007), p. 54.

¹⁵ BOBBIO (1986), pp. 20-21, 22-24.

recoja una ley positiva. En la concepción clásica, en cambio, es inadmisibles el poder –la *potestas*– sin una finalidad que le sea inherente, y que tenga relación con el bien común. Además, el poder presupone el influjo de la *auctoritas*, de acuerdo con la conocida distinción de Álvaro D’Ors¹⁶.

En tercer lugar, la democracia moderna no fomenta lo que se suponía, serían sus propias virtudes, las del *activae civitatis*. En su lugar, emerge la apatía política, disminuye el voto de opinión, acrece el voto de intercambio y el voto de clientela¹⁷.

En cuarto lugar, el “proyecto democrático” fue pensado para una sociedad mucho menos compleja que la presente. El desarrollo de la sociedad industrial requiere de capacidad técnica para gestionar la economía de mercado y la revolución tecnológica. ¿Consecuencia?

“Los problemas técnicos necesitan de expertos, de un conjunto cada vez más grande de personal especializado. Pero si el protagonista de la sociedad industrial y de la administración pública es el experto, entonces quien lleva el papel principal en dicha sociedad no puede ser el ciudadano común y corriente. La democracia se basa en la hipótesis de que todos puedan tomar decisiones sobre todo; por el contrario, la tecnocracia pretende que los que tomen las decisiones sean los pocos que entienden sobre tal asunto”¹⁸.

El gobierno del pueblo corre el riesgo de ser reemplazado por el gobierno de los técnicos.

En quinto lugar, la democracia moderna se enfrenta al crecimiento continuo del aparato burocrático. Se trata de la estructura misma de la administración del Estado, con

“su poder ordenado jerárquicamente, del vértice a la base, y, en consecuencia, diametralmente opuesta al sistema de poder democrático (...) En la sociedad democrática el poder fluye de la base al vértice; en una sociedad burocrática, por el contrario, se mueve del vértice a la base”¹⁹.

Sin embargo, democracia y burocracia administrativa se pueden unir, a juicio del autor, para satisfacer demandas democráticas. Es lo que sucede con el Estado benefactor y la satisfacción de los derechos sociales.

El problema es que el Estado benefactor no solo satisface demandas, sino que forma ciudadanos dependientes, dejándolos en una situación próxi-

¹⁶ D’ORS (1979), pp. 111-122.

¹⁷ BOBBIO (1986), pp. 24-26.

¹⁸ *Op. cit.*, pp. 26-27.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 27.

ma a la imaginada por Alexis de Tocqueville en su célebre pasaje sobre el poder democrático inmenso y tutelar.

El Estado, en todo caso, no es un buen compañero para la democracia. Frente a su estructura de poder inmenso, es una ilusión hablar de genuina autonomía en los espacios que él ocupa. Y como tiende a ocuparlos todos, porque de él se espera que satisfaga el conjunto de las demandas ciudadanas, la dificultad se vuelve imposible de resolver. Por la expectativa de satisfacción, tenemos, al final, como resultado, la ocupación. A esa expectativa de confianza ilimitada en el Estado, Alan Wolfe le llama la “reificación”:

“En general los defensores del orden público atribuyen más y más poder al Estado confiando en que puede producir una alquimia que apagará mágicamente todas las tensiones, y que producirá una utopía dentro de la estructura de clases existente (...) El Estado ya no se acepta como lo que es, sino como un fenómeno dotado de poderes extrahumanos (...) A este proceso por medio del cual se atribuye al Estado una variedad de poderes míticos, lo llamaré la reificación del Estado”²⁰.

Llegamos así al final de nuestro periplo. La democracia moderna es un régimen que ha proyectado en el ámbito político una filosofía peculiar, el racionalismo, que condensa todas las pretensiones del hombre moderno dirigidas a ser un “demiurgo”, creador de su propia entidad, de la sociedad, del gobierno y de su vida. Como si su razón pudiera funcionar en estado puro, sin vinculaciones inteligibles con la realidad previa, que hay que saber comprender y respetar. Como si su voluntad pudiese re-crear un mundo que no tiene forma previa, con la sola fuerza de sus proyectos de ingeniería política y social.

Tras esta filosofía no late el gobierno del pueblo, sino la creencia absurda de que el hombre es un pequeño dios. Las consecuencias de esta actitud –metafísica, antes que política y moral– la revisamos a continuación.

IV. DE LA “CRISIS” AL “OCASO” DEL GOBIERNO DEL PUEBLO

La Gran Revolución de 1789 supuso la irrupción violenta del racionalismo en la vida política y social de los hombres. Previo a dicho evento, el racionalismo político era cosa de élites ilustradas. Después de él, comienza a comandar,

²⁰ WOLFE (1980), p. 304. Norberto Bobbio también reconoce el problema cuando habla de la relativa “ingobernabilidad” de la democracia moderna, en virtud de la ruptura entre el mecanismo de recepción de las demandas ciudadanas y el de emisión de las decisiones, mucho más lento que el primero, que avanza a un ritmo acelerado. BOBBIO (1986), p. 28.

cada vez con más fuerza, bajo la forma de la democracia moderna, el destino colectivo de las sociedades, rumbo a una penosa deshumanización.

Sobre la democracia moderna, así considerada, el filósofo español Rafael Gambra realizó detenidos análisis a lo largo de su obra. Es, en nuestra opinión, quien mejor ha tratado el punto desde el ángulo del racionalismo. La democracia moderna es vista como un “antimetafísica” política, desde donde se derivan, como de una raíz, todos sus problemas. De ahí la importancia de exponer sus tesis esenciales, en una interpretación amplia de su pensamiento.

Dichas tesis pueden exponerse del siguiente modo:

1. La Revolución francesa tuvo su origen en la mentalidad racionalista y antropocentrista de la Modernidad. Aunque, históricamente, es improbable que hubiera llegado a puerto sin las condicionantes inherentes al Antiguo Régimen, su causa próxima se encuentra en la doctrina de los ilustrados que canalizaron dicha mentalidad, en la filosofía de la historia de Jean-Jacques Rousseau, que exigía su traslado a los hechos, y en la organización revolucionaria que la hizo posible con hombres, estrategias y armas. El símbolo de todo ello se encuentra en el culto a la diosa Razón en la Catedral de Nuestra Señora de París y la puesta en práctica, mediante un baño de sangre, de los lemas “rationales” de la Libertad, Igualdad y Fraternidad. Se partió por el primero, porque se suponía que los otros dos serían la consecuencia necesaria de la obra igualadora de la Revolución²¹.

La Revolución fue algo así como la conjunción de cuatro espíritus. Con el espíritu ilustrado esperaba, en la Constituyente, el nacimiento de la nueva era, la de la sociedad racional, donde el Pueblo escogería su propio destino. Con el espíritu de Jean-Jacques Rousseau, restauraría la inocencia perdida (el hombre en estado de naturaleza a-social), destruyendo violentamente el antiguo orden. Con la Convención se empeñaría, liderada por Maximilien Robespierre, en utopías “rationales” seudoreligiosas; y, luego, con Georges-Jacques Danton, en dictaduras totalitarias.

El resultado fue una destrucción que superó probablemente la intención de sus distintos autores, y donde la demolición fue mucho más relevante que la parte constructiva, que, circunstancial y provisional, quedó a la espera de que alguien “planificara” con menos improvisación la sociedad nueva. Por eso, resulta necio, como ya observaba Auguste Comte, imaginar la Revolución francesa como la decisión libre y ra-

²¹ GAMBRA (1987), p. 763.

cional de un pueblo. Y a la democracia moderna, en su cuna, como un flujo pacífico y acompasado de la libertad racional.

2. Hay una coincidencia genética entre el culto a la Razón y las exigencias de la sociedad democrática, plasmadas por los ilustrados y Jean-Jacques Rousseau. El poder democrático no se asienta en orígenes ni carismas superiores, sino que se establece por convención, de la que nace la Constitución, plano racionalista de la sociedad futura. Los hombres no serán gobernados por los “dioses” ni por normatividades venidas desde lo alto. Con el poder democrático, se inicia la supuesta era del autogobierno, en el sentido de immanencia absoluta: el gobierno y la estructura social se origina única y totalmente en la Voluntad General.

Los efectos de esta nueva ideación político-social han sido universales:

“Han transcurrido casi doscientos años desde aquella apoteosis de la Razón. Expandidas a todo el mundo las ideas de la Revolución por los ejércitos napoleónicos, parece haberse establecido universalmente el régimen político ideado en las Convención: laicismo de Estado, Constitución emanada de la voluntad popular, sufragio universal, igualdad ciudadana. Las diferencias religiosas e históricas que determinaron una pluralidad de naciones, y la identidad de cada una, han dejado de ser relevantes ante la universalidad de ese esquema político democrático-racional. Incluso las regionalidades o ‘autonomías’ que surgen se acomodan políticamente a ese mismo esquema”²².

El poder democrático ha tenido sucesivas conformaciones ideológicas. La primera, la del pacto social, resultó bastante ingenua. La sociedad sería un mecanismo asociativo, que se crea mediante acuerdo de todos los individuos racionales, que plasman sus bases en textos (constituciones), cuyo objeto es delinear la mejor estructura de convivencia para superar los males políticos y sociales. Como este “deber ser”, con frecuencia, no responde a los hechos, queda, al final, perviviendo con un puro sentido normativo.

Surge, entonces, el positivismo organicista, que considera materialmente a la sociedad como un organismo superior, una realidad vital autónoma, independiente de las personas que la conforman, con su propia legalidad físico-social. Las leyes racionales y necesarias no se encuentran en el pacto social, que es algo exterior, sino en la sociedad misma, que es algo interno. El descubrimiento de esas leyes llevará a la humanidad a descubrir la fórmula de la correcta convivencia,

²² GAMBRA (1987), p. 764.

previendo, por adelantado, todos los problemas sociales. Tarea, como se comprende, ilusoria y utópica.

De la lógica prolongación de este sistema, nace la concepción liberal democrática, la tercera de las concepciones. La sociedad, como organismo superior, representa la soberanía popular, suma empírica de todas las voluntades racionales e individuales. Como la sociedad liberal se haya gobernada –se supone– por la razón (¿qué más racional que la asociación de hombres “libres” e “iguales?”), se convierte en la instancia superior y unificadora de todo el orden político y social, por sobre todo individuo o grupo humano infrasoberano. Como el Estado moderno encarna la soberanía popular, tiene patente de curso para intervenir en el nombre de la libertad, sin límites prácticos, en los más amplios sectores de la vida social.

Emerge de aquí la cuarta y última concepción, la “idealista”. De ella surgen los nacionalismos y los socialismos. Esta concepción idealiza el poder público, sea que se encarne en el Estado, la Sociedad, o la Nación. Él es el principio informador –sea espíritu, voluntad o fuerza– que “vale por sí mismo y explica las formas inferiores del espíritu y de la vida que no serán más que sus expresiones históricas”. El Poder democrático reviste un carácter absoluto de protorealidad, para realizar las metas racionales de la Revolución²³.

El tránsito del Estado liberal al Estado totalitario –nazi o comunista– ha sido, desde esta lógica, un paso necesario. Si el racionalismo tuviera un sentimiento, si fuera afectado por una pasión, tal sería la del asesinato. En su etapa totalitaria, el asesinato racional, el asesinato como elemento de planificación, le es esencial, al punto que las víctimas son escorias del proceso²⁴.

En todo este proceso de construcción del Poder democrático, el “*primum cognitum*” sociológico es el sujeto abstracto, imaginado “libre” de todas las ataduras previas, naturales e históricas. Ese sujeto, en el momento liberal, es el individuo puro y aislado; en el momento colectivo, se convierte en una red de relaciones ficticias. En ambos casos, se despoja a la persona y a la sociedad de sus cualidades humanas. En los tiempos posmodernos, el ciudadano se da cuenta del artificio de ambos regímenes, pero reacciona en un sentido destructivo. Vuelve a lo concreto, pero sorteando las esencias, y disolviendo a la persona en un haz de estados y fenómenos, cada vez más atomizados y fugitivos.

²³ Las cuatro concepciones en GAMBRA (1972a), p. 3.

²⁴ GAMBRA (1958a), p. 121.

3. El racionalismo político al hacer de la democracia moderna la solución “perfecta” y “organizada” de la convivencia humana, crea el problema social, como algo inherente al régimen político.

El hombre no puede resolver sus problemas de convivencia –materiales y espirituales– de un modo perfecto y definitivo, porque la imperfección, y consiguientemente, el dolor, son insuperables. De ahí la pobreza y la desigualdad, siempre reales, que acompañan en distinta medida cualquier orden social. Son males que tienen su origen en antecedentes ontológicos, y que muchas veces, no son propiamente males, pues sirven de ocasión a bienes morales. No considerar, en obsequio a una sociedad racional, estas distinciones, es una insensatez²⁵.

4. Hay una incompatibilidad profunda entre la Gran Revolución de 1789 y la Civilización cristiana. No solo por los ataques confesos a la vigencia social y política de la fe de Cristo, sino en razón de la misma configuración de la sociedad democrática que de ella nació.

La sociedad cristiana, con sus libertades concretas y sus bases corporativas e históricas, era, para el racionalismo fuente de opresión vinculadora. Los ideales de *libertad*, *igualdad* y *fraternidad* no deben ser interpretados en un sentido a-histórico, sino dentro de estos esquemas revolucionarios. La *libertad* está pensada para desvincular al ser humano de sus asociaciones históricas y naturales. La *igualdad* para mantener al hombre en el individualismo gregario, dominado por el Estado uniformador. La *fraternidad* es la situación social que resulta de lo precedente. Se trata, entonces, de ideales “antinaturales”, porque perturban el normal desenvolvimiento de la sociedad humana²⁶.

La Revolución dirigió sus ataques particularmente contra la familia extendida y la Iglesia católica, por una razón estratégica: el hombre nuevo de la sociedad racional necesitaba ser educado de acuerdo con los moldes democráticos y artificiales. La educación familiar y religiosa es completamente extraña a dichos moldes: atienden a la persona, no al “ciudadano” libre e igual. Para este “ciudadano” los vínculos familiares y religiosos –los más fuertes e “irracionales”– no tiene sentido, pues no se ajustan a una sociedad contractual y acreedora, como la que pretende la democracia moderna.

El ataque a la familia hasta su virtual estrangulamiento, puede seguirse fácilmente desde el ángulo del derecho, sea en el paradigma de la Revolución francesa, hasta el *Código Napoleónico*, sea en lo ocu-

²⁵ Interpretamos dos preciosos textos: GAMBRA (1954), pp. 219-220 y GAMBRA (1952), pp. 33-37.

²⁶ GAMBRA (1970), pp. 291-292; GAMBRA (1958a), pp. 201-202.

ruido en los dos últimos siglos en Occidente. El derrotero parte del matrimonio monógamo e indisoluble, base de una familia extendida y vinculada a la propiedad común, hasta llegar a la actual liberación sexual y a la tutela estatal de la patria potestad que, en rigor, hace innecesaria la familia²⁷.

5. La democracia moderna puede ser juzgada, después de dos siglos, en un sentido opuesto al que pretendió el racionalismo. La humanidad no alcanzó las más altas cotas de racionalidad en el gobierno de los pueblos, sino un estado de simulación y mitificación:

a) El régimen “racional” no eliminó los factores infrarracionales. En los sistemas democráticos, la generación de los gobernantes se funda en el sufragio universal, individual, inorgánico e igualitario. Pero ese sistema funciona apelando continuamente a artificios técnicamente diseñados para influir en las capas profundas de la emotividad. Se ha transitado desde una democracia de ideas a una democracia del marketing, de la imagen y del espectáculo. La “voluntad general”, cúmulo de las individualidades racionales, ha evolucionado hacia un “reflejo condicionado general”²⁸.

b) La democracia inaugura la era de los regímenes políticos y los gobiernos insolidarios entre sí.

La “racionalidad liberada” no fomentó la previsibilidad política, la continuidad gubernativa, ni la armonización social, como se había prometido. Y puestos a comparar, esas dotes se realizaron bastante mejor en los regímenes políticos anteriores a la democracia moderna. En parte, porque cada gobierno democrático tiene sentido de revolución y pretende el “cambio”. En parte, porque los gobiernos democráticos no coronan, como los anteriores, una sociedad de sociedades, con estructura y vida propia.

La democracia moderna pretende, por su propio dinamismo, estructurar toda la sociedad desde fuera, someténdola a la planificación igualitaria. En este cuadro, los cuerpos asociativos intermedios –los que componen la sociedad de sociedades– tienden a ser tratados como elementos del “irracional histórico”, como “poderes fácticos”, que se interponen entre la voluntad del individuo y la voluntad del Estado. Son poderes sociales no ideados por teóricos de gabinete ni establecidos

²⁷ GAMBRA (1995), pp. 932-934.

²⁸ Rafael Gamba refiere a la conjunción de cuatro factores: la imagen del candidato, el eslogan breve e incisivo para crear una imagen mental sugestiva, una musiquilla pegadiza que acompañe a ambos, dinero suficiente para una campaña masiva y saturadora de estos tres elementos. Estos factores llegan al extremo de propiciar “la pereza mental, el sexo, incluso la búsqueda del reflejo o del síndrome”. GAMBRA (1987), p. 765.

por la razón pura a partir de una Constitución. Pocas constituciones tienen la humildad –y el sentido de realidad– de reconocer estos cuerpos intermedios en todo su vigor, autonomía y vida propia.

El régimen político del racionalismo ha resultado en improvisación y, muchas veces, en anarquía, al menos en cuando al real destino de los pueblos. Desde este enfoque, la historia de la democracia moderna adopta una significación más bien destructiva que constructiva: la de “una guerra latente o abierta contra la influencia y la existencia misma” de la asociatividad humana²⁹.

6. La democracia moderna ha demolido, cuanto ha podido, la genuina sociedad humana, ocasionando una serie de problemas nuevos, que los hombres de los siglos XIX y XX han tenido que afrontar.

Hay una razón de principio: la razón desvinculada de la experiencia histórica es directriz inadecuada para la gobernación de los pueblos. Como la sociedad que creó la Modernidad dejó de ser producto de la historia y de las relaciones reales para convertirse en una estructura de tesis apriorísticamente organizadas, la naturaleza y la historia tuvieron que volver por lo suyo ante los desajustes inhumanos creados por la Libertad, la Igualdad y la Fraternidad.

- a) La Revolución no sedujo por la libertad (existencialmente vivida), sino por la “Igualdad”. En esta línea, el régimen racional ha asfixiado la genuina libertad política y social, por medio de la destrucción de sus cimientos asociativos e históricos, que es el mundo de las cosas y de las relaciones reales, y la religación del hombre con el orden sobrenatural.

No fueron las libertades, sino la libertad masificada, lo que impulsó la Revolución francesa. Esta es la única libertad que el hombre contemporáneo comprende. Una libertad tecnológicamente organizada y controlada; una libertad extrínseca, que mide su éxito por criterios de eficacia o rentabilidad. Una libertad que empobrece la personalidad humana, porque festeja la desaparición de vínculos y deberes, carece de “principios” y de un “sobre-ti”, y no le queda más que trivializar las pulsiones vitales (conservación y placer), para reconocerse en ellos. Una libertad infrahumana, pues ha perdido el bien más precioso: el darse a los otros y a las instituciones que representan el sentido más profundo de la vida humana, a través del compromiso cordial con los vínculos naturales y sociales³⁰.

²⁹ GAMBRA (1987), pp. 765-766.

³⁰ GAMBRA (1970), pp. 291 y 293-295; GAMBRA (1968), p. 175.

- b) La “Libertad” revolucionaria creó el pauperismo social: la sociedad desarraigada, sin ambientes ni instituciones solidarias, sin medios comunitarios que completasen y defendiesen al hombre. En el siglo XIX la sociedad europea fue perdiendo su estructura y autonomía, mientras se expandía la proletarización y la lucha de clases. La labor desvinculadora del liberalismo fue fatal para la propiedad familiar, la vida agrícola, los lazos comunales y las formas cooperativas, alterando profundamente el sentido de lo que hoy conocemos como economía. Como contrapartida a la “Libertad” revolucionaria, nació el ideal de “justicia social”, designación que vuelve a apelar a la naturaleza y a la historia, pero que es continuamente tergiversado por el socialismo³¹.
- c) Los males de la “Libertad” revolucionaria, fueron afrontados, torpemente, con la “Igualdad” revolucionaria. La democracia moderna optó por el Estado centralista y uniformista para hacerse cargo de las funciones que otrora realizaba la sociedad misma, y que el liberalismo había disgregado. El Estado se erige, entonces, en el gran poder tutelar, en el reglamentador minucioso de las relaciones sociales. Se entra en las diversas formas de socialismo estatal. Liberalismo y socialismo suman una misma empresa destructora.

Más allá de las exigencias teóricas del marxismo o de la socialdemocracia, en la realidad existencial de los pueblos de hoy, el socialismo se presenta bajo formas prácticas, en las “legiones de funcionarios y toneladas de reglamentos que sostienen una colosal organización babélica”. La sociedad no ha quedado solo en estado de desmembración individualista, sino que se ha agregado otro mal: la intervención foránea, permanente, y estratégicamente niveladora del Leviatán.

El resultado de la “Igualdad” revolucionaria ha sido la inadaptación ambiental y la inestabilidad social. Pero, una vez más, la naturaleza y la historia se hacen presentes mediante la necesidad de adaptación social y de estabilidad. El problema es que la democracia moderna, ya en su veta distópica, también pretende hacerse cargo de estos problemas, que ella misma ha creado. Ahora sueña con la adaptación a través de procedimientos técnico-genéticos (las aptitudes y gustos individuales son “prejuicios”) y la organización de diversiones sensuales, extintora de los impulsos trascendentes. Asimismo, espera estabilidad mediante la vinculación técnica de “infrahombres” en el seno de una planificación universal³².

³¹ GAMBRA (1963), pp. 82-83

³² GAMBRA (1958a), pp. 204-206, con referencia a Huxley.

- d) La libertad moderna es una libertad fuertemente condicionada desde el punto de vista psicosocial. Rafael Gambra resalta el papel de las técnicas de información, de la manipulación de la imagen y el poder de la propaganda explícita o encubierta para socializar al hombre moderno. Surge desde este horizonte la veta totalitaria de la democracia. El hombre que desde su interior crea su mundo circundante, siempre lo hizo de la mano de la familia, los cuerpos intermedios, las instituciones y las costumbres. Como ayuda, marco arraigado de sentido y de prolongación. En la democracia moderna, en cambio, es el Poder quien impone, desde el exterior, ese mundo, mediante el régimen de opinión, asentado en la información y la propaganda³³.
7. La Revolución francesa consolidó un nuevo poder político: el Estado, como artificio moderno dominador. La democracia moderna ha girado durante dos siglos en torno a esta figura, donde se ha operado una radical transformación de lo político.
- a) En primer lugar, a diferencia de las autoridades políticas del antiguo régimen, el Estado no es algo *humano*. Como sujeto, no remite a una persona natural que detenta un poder circunstanciado, sino a un sujeto que se atribuye la capacidad de ser agente activo de la historia, soberano del destino de la sociedad. Se trata de un poder racionalista, principio de organización y planificación societaria, del que se ha borrado todo carácter personal y concreto. En cuanto a la extensión de su poder, el Estado ha conocido un crecimiento implacable, a pesar del revestimiento democrático y participativo. Al extremo de convertirse en “la totalidad en movimiento”. La reivindicación constitucional del Estado de derecho, como condición necesaria del poder limitado y garantía de la libertad de los ciudadanos, no impide el peso monstruoso del Estado, pues se mueve en otro horizonte, que para estos efectos es inocuo³⁴.
- b) Hemos dicho que el Estado moderno es una criatura del racionalismo. Sabemos que nace teóricamente de un acuerdo o pacto de voluntades individuales numéricamente computadas. Por tanto,

³³ GAMBRA (2004), pp. 374-375. Llegará un momento, en el avance tecnocrático de la igualdad y de la libertad, en que el hombre moderno carecerá del derecho al fuero interno. GAMBRA (1972b), pp. 514-515. Sobre la manipulación de los instrumentos tecnocráticos de masificación, que Rafael Gambra condensa en la categoría de “asalto a las almas” que quedan con una “trivial libertad”. Gambra (1970), pp. 296-298.

³⁴ GAMBRA (1958a), pp. 144-150 y 193. Sobre la hipertrofia del poder del Estado por el racionalismo, GAMBRA (1958b), pp. 125-128.

la única realidad que tiende a reconocer, aparte de él mismo, es el individuo incualificado.

Esto tiene un efecto desastroso en el derecho. Los cuerpos intermedios diferenciados deben desaparecer en nombre de la Razón por tratarse de creaciones históricas irracionales, tal como lo propuso e impuso la Ley Le Chapelier a partir de la Revolución francesa. Del Estado surge la centralización administrativa y uniformadora que no reconoce, por principio, ni jerarquía social, ni municipios autárquicos, ni comunas libres, ni familias vigorosas. Solo individuos. Todo poder jurídico al interior de la sociedad se concibe como un poder delegado del Estado y su ordenamiento jurídico. Esta doctrina alcanzó sus cotas más altas con el positivismo jurídico³⁵.

- c) El Estado moderno no puede separarse de lo que hoy se denomina sociedad civil. Su surgimiento implica, como ya hemos referido, que la sociedad recibe una organización estatal, que toda su vida queda sujeta a su engranaje, porque, en paralelo, la sociedad autentica ha sido deformada y convertida en un conjunto indiferenciado de individuos y ciudadanos iguales. La estructura de la sociedad es tutelada o impuesta por el Estado: la sociedad se vuelve “sistema” y tiene leyes políticas y sociológicas propias, de carácter socio-estatal³⁶. En otras palabras, un monstruo. Este es, precisamente, el “sistema social” congruente con la democracia moderna.
8. La democracia moderna equivale a un ensayo para divinizar al hombre. Cuando se habla de “divinización” se puede mover a equivoco. Lo que se cree divinizar es la abstracción “Hombre”, la curvatura sobre sí mismo, como posibilidad infinita de autoorganización de la especie. No es el hombre concreto, de carne y hueso. Ante el Estado democrático todos los individuos son iguales “susceptibles de ser colocados en fila, formando cola en un universo centralizado y uniforme”. Al fin y al cabo, la individualidad personal y concreta, con todas sus peculiaridades reales, son también parte del “irracional histórico”, que se debe remover, como tara última, que impide la sociedad racional.

³⁵ Los Estados regionales y federales son tales porque el racionalismo no ha podido evitar la fuerza de la idiosincrasia histórica. Pero aún en estos modelos, al interior de las autonomías, regiones o Estados federados, se tiende a reproducir la centralización administrativa y la uniformización. “Si se parte una piedra”, observa Rafael Gamba, “resultarán piedras más pequeñas, no surgirá una materia orgánica”. GAMBRA (1992).

³⁶ GAMBRA (1981).

En la posmodernidad, el Estado renuncia a las ideologías fuertes, pero se convierte en su propia ideología: la del Estado tecnocrático, para el cual la individualidad personal es el último reducto que requiere ser invadido y dominado³⁷.

9. Finalmente, la democracia moderna entraña la disolución de la ciudad política.

a) En primer lugar, constituye una inversión de la ciudad. El racionalismo democrático ha pretendido “definir” en las constituciones políticas lo indefinible: la ciudad del hombre, como si la sociedad fuera un hábitat teórico de un ser abstractamente considerado. Pero la sociedad humana es lo opuesto, una formación concreta en la que se conjugan todas las fuentes plurivalentes de la naturaleza humana y de la historia. Es imposible subsumirla en un documento jurídico, como si fuera una sociedad anónima, negocio puramente voluntario³⁸.

Del racionalismo ha brotado

“la tendencia a privar a la sociedad real (las patrias o países históricos) de todo carácter diferenciado y concreto que pueda mover hacia ella los estratos más profundos y vinculares del hombre. La masificación del hombre en núcleos innominados, la tecnificación estatal en la regulación de sus lazos, la secularización de sus vidas y de la vida pública que destruye lo santo y reverencial de los pueblos y de sus costumbres. ¿Quién podrá amar a su distrito municipal, esas demarcaciones artificiales del racionalismo político?”³⁹.

El racionalismo democrático, en su odiosidad hacia los vínculos misteriosos y primarios de la naturaleza y de las relaciones históricas, ha intentado sustituir los lazos humanos por la educación dirigida: la “educación cívica” o el “nacionalismo” voluntarista, uniformadores y masificadores, solo pendientes de un futuro por realizar, y no de un pasado por proteger, amar y prolongar.

b) La Revolución francesa inició una obra política contra natura, “la más acabada que se ha realizado en la historia”, precisa Rafael Gambra⁴⁰. La democracia moderna se construye orillando los estratos ónticos y las potencialidades de la naturaleza integral del

³⁷ La idea se sugiere en GAMBRA (1958c) y GAMBRA (1961).

³⁸ GAMBRA (1968), pp. 65-67.

³⁹ GAMBRA (1975), pp. 1263-1265. La *pietas patria* y su disolución por la educación de los “derechos humanos”, *op. cit.*, pp. 1262-1263.

⁴⁰ GAMBRA (1958a), p. 200.

hombre. De ahí el ímpetu revolucionario por destruir todo lazo vincular con el orden. A este respecto, el filósofo español sugiere que el insensato de los tiempos modernos no es el que se aparta de la lógica racional, sino el que, en nombre de esta, se guía por el “razonar desvinculado”. El que desconoce “el valor de lo establecido”. El que no comprende “el mundo humano preformado por creencias y costumbres, por principios y normas”. El que se siente a gusto en la “sociedad atomizada y difamada”, porque ha ayudado a destruir “el armazón existencial del vivir humano, la Citadelle que el fervor pretérito fundó para albergue y tabernáculo de sus hijos”⁴¹.

- c) La democracia moderna equivale, en todos sus términos, a emancipación contra la Ciudad. Supera, por tanto, los límites de la destrucción. No solo arrumba lo que se ha edificado durante milenios, sino que se aleja de toda ciudad posible. Se “libera” de las condiciones que vuelven factible el resurgimiento. A este título, Rafael Gambra denomina a los modernos como “los juglares de las ideas”, desacralizadores por vocación. Si se niega, por principio, la verdad misma, el bien y el mal, no hay validez posible para la noción de orden, y, menos, por tanto, para el orden concreto en que toda Ciudad se asienta.

Esto explica por qué en la democracia moderna hay tanto espacio para la revolución y tan escaso lugar para la lealtad hacia la obra política tradicional:

“¿A qué ser fiel bajo un orden dinámico o progresista en el que instituciones, normas y creencias se atemperan cada día a la utilidad tecnocrática del bienestar humano? Donde nada posee una estructura válida por sí ni estable, sino que la posee solo en función de un Progreso o evolución hacia fines abstractos o teóricos, ¿qué reforma cabría con intención curativa o impulsora? El espíritu revolucionario, que por abstracto en sus fines es totalitario en su rebelión y en el cambio, sustituye en el corazón humano al antiguo y amoroso empeño reformador de lo que a su vez se respeta y se mejora”⁴².

Este es el perjuicio último de la democracia moderna. El haber perturbado el mismo corazón humano en el orden de sus amores.

⁴¹ GAMBRA (1968), pp. 31-32, con referencias a san Anselmo y Saint Exupéry.

⁴² *Op. cit.*, p. 178.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Este trabajo no puede concluir sin connotar que existe en la mentalidad del hombre contemporáneo una dificultad –ideológica, o en su defecto, ambiental– para discernir en todos sus alcances los problemas de la democracia moderna, tal como se han formulado en el acápite precedente. Para medir en toda su entidad esos problemas, es conveniente referir a ciertos contrapuntos, esto es, a realidades políticas que para la Modernidad son desconocidas, y que hemos de calificar como bienes.

Desde este enfoque, quisiéramos terminar destacando esa realidad perdida del “buen gobierno”.

El fin primordial de un régimen político es obtener un buen gobierno. Como un capitán que debe conducir el barco a puerto a través de mares que, en su contingencia, pueden ser calmos o tormentosos, según las circunstancias históricas.

La metáfora del piloto –que santo Tomás utiliza en el *De Regno*– nos ilustra muy bien esta cuestión crucial. Para cumplir bien su misión, el piloto debe conocer acertadamente la realidad: la capacidad de su nave, la competencia y fiabilidad de sus hombres, las condiciones físicas y climáticas que pueden acompañar su travesía. Esa realidad tiene su propia constitución. La función del capitán no es rehacerla como si no tuviese entidad alguna, sino pilotear la nave y ayudar a que todo dé lo mejor de sí para llegar a puerto. Es una actividad mucho más simple y profunda a la vez: debe conducir una realidad que ya existe, respetando el dinamismo que le es inherente, hacia su propio fin.

Si la función del piloto fuera rehacer continuamente el barco, nunca saldría del puerto. Si además creyera que siempre podrá dominar la naturaleza, sin respetar sus contingencias, someterá a riesgo la empresa. Si, suplementariamente, la persona del piloto se improvisa, no es fácil obtener un buen gobierno, salvo excepciones de talentos extraordinarios. La democracia moderna, en la medida en que es moldeada por el racionalismo, corresponde a esta segunda imagen –depreciada, tergiversada– del piloto. No un régimen político de buen gobierno, sino de piloto insensato.

El piloto –el gobernante– no es ni causa *material* ni causa *final* de la nave –la sociedad–. Debe atender a lo que ella es y darle la mejor dirección. Debe vivir y creer en la trascendencia del bien común. Está muy lejos, por tanto, de ser el *todo causal* de la sociedad como ha pretendido el Estado moderno con el poder democrático, en una pretensión totalitaria que debiera sorprendernos a todos.

El “buen gobierno” parte por respetar la realidad social del hombre, en todas sus exigencias naturales. Su fin no es hacer la *revolución* (el cambio por el cambio), sino proteger el orden social, y orientarlo, en lo posible (la

política es obra de la prudencia, no de la ciencia especulativa), hacia una buena dirección.

Se pueden tomar diversos modelos históricos de “buen gobierno”. Por ejemplo, observa Bernardino Bravo Lira, que el fin principal del gobierno político hispano (antes del racionalismo ilustrado de los borbones, agregamos nosotros) era el “hacer justicia” en sentido amplio: regir las fuerzas vivas de la nación de modo que cada cual (familias, asociaciones, pueblos, países, etc.) conserve sus derechos y deberes; mantener a raya a los “malhechores”; amparar a los débiles y brindarles protección. Es el ideal de gobierno del rey justiciero, difundida por el *ius commune*, que se encuentra en las *VII Partidas*. Este ideal de justicia –dar a cada cual lo suyo– se concretó en la trilogía *honor, vida y hacienda*, que en la modernidad fue sustituido por el escuálido imponer a todos lo mismo.

Con la democracia moderna no hemos avanzado en lo sustancial. Hemos retrocedido. La “antimetafísica” política que le inspira produce efectos disociadores que le alejan del auténtico gobierno del pueblo.

BIBLIOGRAFÍA

- AYUSO, Miguel (2016): “Pueblo y populismo: nuevas perspectivas”, en *Derecho Público Iberoamericano*, n.º 9: pp. 99-120.
- BOBBIO, Norberto (1986): *El futuro de la democracia* (México D. F, Fondo de Cultura Económica).
- CASTELLANO, Danilo (2013): “Es divisible la Modernidad?”, en Bernard DUMONT y Miguel AYUSO, *Iglesia y política: cambiar de paradigma* (Madrid, Editorial Itinerarios): pp. 227-253.
- CHAMBERS, William y Robert SALISBURY (1967): *La democracia en la actualidad* (México, Editorial Hispano Americana).
- D’ORS, Álvaro (1979): *Ensayos de teoría política* (Pamplona, Eunsa).
- DAHL, Robert A. (1993): *La poliarquía. Participación y oposición* (México, Red Editorial Iberoamericana,).
- DIDEROT, Denis y Jean D’ALEMBERT (1986): *Artículos políticos de la enciclopedia* (Madrid, Editorial Tecnos).
- DRYZEK, John y Jeffrey BEREJIKIAN (1993): “Reconstructive Democratic Theory”, in *American Political Science Review*, pp. 48-60.
- FLORES ÓLEA, Víctor (1995): “¿Qué nuevo tiempo mexicano?”, *La Jornada*, México, 22 de junio de 1995.
- GAMBRA, Rafael (1952): “El sentido profundo de la cuestión social según Balmes”, en *Reconquista*: pp. 30-44.

- GAMBRA, Rafael (1954): "El mal social", en *Revista Internacional de Sociología*, n.º 46 abril-junio: pp. 219-228.
- GAMBRA, Rafael (1958a): *Eso que llaman Estado* (Madrid, Montejurra Editorial).
- GAMBRA, Rafael (1958b): "Epílogo", en Gustave THIBON, *Diagnóstico de fisiología social* (Madrid, Editorial Nacional): pp. 125-128.
- GAMBRA, Rafael (1958c): "El flautista de Vaucanson", en *La Estafeta Literaria*.
- GAMBRA, Rafael (1961): "El nivel mental de los murcianos", en *El Alcázar*, 26 de junio de 1961.
- GAMBRA, Rafael (1963): "Socialización y socialismo", en *Verbo*, n.º 15-16: pp. 80-84.
- GAMBRA, Rafael (1968): *El silencio de Dios* (Madrid, Prensa Española).
- GAMBRA, Rafael (1970): "La libertad en la sociedad tradicional cristiana y en la sociedad de masas", en *Verbo*, n.º 84: pp. 283-300.
- GAMBRA, Rafael (1972a): "Las implicaciones sociales de la persona", en *Revista Internacional de Sociología*, vol. X, n.º 38: pp. 1-13.
- GAMBRA, Rafael (1972b): "La amenaza de la psicología", en *Verbo*, n.º 105-106: pp. 509-515.
- GAMBRA, Rafael (1975): "Los principios de la política según Santo Tomás de Aquino", en *Verbo*, n.º 139-140: pp. 1261-1269.
- GAMBRA, Rafael (1981): "El catolicismo como lastre", en *La Estafeta Literaria*.
- GAMBRA, Rafael (1987): "Razón y democracia", en *Verbo*, Nº 257-258: pp. 763-768.
- GAMBRA, Rafael (1992): "El centralismo de las autonomías", en *La Nación*, 29 de enero al 4 de febrero de 1992.
- GAMBRA, Rafael (1995): "Familia y Sociedad", en *Verbo*, n.º 339-340: pp. 929-934.
- GAMBRA, Rafael (1999): *Historia sencilla de la filosofía* (24ª ed., Madrid, Rialp).
- GOODIN, Robert (2003): *Teoría del diseño institucional* (Barcelona, Gedisa).
- GAMBRA, Rafael (2004): "La inteligencia en peligro de muerte", en *Verbo*, n.º 425-426: pp. 374-376.
- HELD, David (1992): *Modelos de democracia* (México, Alianza Universidad).
- KORSTANJE, Maximiliano (2007): "La democracia y sus supuestos: una perspectiva comparativa entre los conceptos de democracia Procedimental y Estructural", en *Estudios Sociales*, vol. 16 n.º 30.
- SCHMITTER, Philippe C. & Karl Terry LYNN, (1991): "What democracy is ...and is not", in *Journal of Democracy*, vol. 2 n.º 3.
- WOLIN, Sheldon (1973): *Política y perspectivas: continuidad y cambio en el pensamiento político occidental* (Buenos Aires, Amorrortu).
- WOLFE, Alan (1980): *Los límites de la legitimidad. Las contradicciones políticas del capitalismo contemporáneo* (México, Siglo XXI).

LOS CIUDADANOS FRENTE AL ESTADO:
UNA MIRADA AL DERECHO A LA IGUAL
PROTECCIÓN EN EL EJERCICIO
DE LOS DERECHOS
ANTE LA ADMINISTRACIÓN

CITIZENS FACING THE STATE:
A LOOK AT THE RIGHT TO EQUAL
PROTECTION IN EXERCISE
OF RIGHTS BEFORE ADMINISTRATION

*Santiago Orpis J.
Ernesto Silva M.*

RESUMEN: La Constitución asegura a todas las personas la igual protección en el ejercicio de sus derechos, lo que implica garantizar que, frente a cualquier actuación jurisdiccional, sea en sede judicial o administrativa, todos puedan contar con la debida asesoría. Sin embargo, a pesar de que la jurisdicción administrativa dicta actualmente actos jurídicos de bastante complejidad técnica, las Corporaciones de Asistencia Judicial y la Defensoría Penal excluyen de su ámbito de asesoría temas administrativos generales, así como la asesoría en temas ambientales o tributarios. Lo anterior deja desamparados a quienes no puedan proveerse de un abogado en estas materias, contraviniendo el mandato constitucional, que no distingue entre la asesoría en temas judiciales y en otros temas, como los administrativos. El crecimiento de las facultades administrativas del Estado y la complejidad de las interacciones entre los ciudadanos y el Estado demanda una revisión de la forma en que se asegura el derecho a igual protección de los derechos ante la administración.

PALABRAS CLAVE: Igualdad - Ejercicio de los derechos - Jurisdicción administrativa – Defensa jurídica.

ABSTRACT: The Constitution guarantees all persons equal protection in the exercise of their rights, which means guaranteeing that, in the face of any

jurisdictional action, whether in a judicial or administrative venue, everyone can have the proper advice. However, despite the fact that the administrative jurisdiction currently dictates legal acts of considerable technical complexity, the Judicial Assistance Corporations and the Criminal Defense Office exclude from their scope of advice, general administrative issues, as well as advising on environmental or tax issues. This leaves homeless those who cannot provide a lawyer in these matters, contravening the constitutional mandate, which does not distinguish between legal advice and other issues, such as administrative. The growth of the administrative faculties of the state and the complexity of the interactions between citizens and the state demand a review of the way in which the right to equal protection of rights is assured before the administration.

KEYWORDS: Equality - Exercise of Rights - Administrative Jurisdiction - Legal Defense.

1. INTRODUCCIÓN

Durante la mayor parte del siglo XX y el siglo XXI, el Estado chileno ha crecido. Su crecimiento se ha dado tanto por el nivel del gasto público como por el desarrollo de nuevas funciones y tareas que inciden en la vida de las personas. Aumenta la recaudación y aumenta, también, la burocracia y el aparato estatal.

Las organizaciones estatales –públicas– tienen características diferentes a las organizaciones privadas. Surgen y se diseñan por un mandato de la autoridad elegida a través de una democracia representativa. Se financian y gestionan con los recursos aportados por los ciudadanos actuales –a través de impuestos– o los ciudadanos futuros –a través de endeudamiento–. Sus estructuras son más estables y rígidas que las organizaciones privadas, pues deben evitar que quien llegue al poder haga uso abusivo del mismo para atender fines particulares. Todo esto conlleva a que los Estados crecen, aumentan, pero requieren de procesos de modernización y transformación para lograr cumplir de forma adecuada las tareas que se le encomendaron.

Esto conduce al debate de los procesos de modernización del Estado. La modernización del Estado ha sido siempre un proceso difícil de conducir e implementar. Los incentivos de quienes tienen la responsabilidad de conducir los Estados no están alineados necesariamente con las necesidades de transformación del aparato público. Altos costos de transacción para generar acuerdos que permitan introducir reformas, organizaciones de trabajadores del sector público que defienden el estatus y el derecho de los trabajadores actuales, grupos de interés que defienden los beneficios, subsidios y políticas

existentes resistiéndose al cambio, son solo ejemplos de las dificultades para lograr reformas exitosas al sector público. Se suma a lo anterior la falta de gestión de la información para efectos de determinar y entender qué estructuras, diseños y políticas contribuyen de forma más efectiva al logro de los objetivos que la sociedad ha planteado al sector público.

Chile no ha estado ajeno a estas discusiones. Nuestro país ha enfrentado diversos debates conducentes a buscar mejoras sustanciales en la organización del Estado¹. Esos debates se han acentuado en la medida en que la relación entre los ciudadanos y el Estado se ha colocado en el centro de la discusión².

En efecto, la evolución de la sociedad chilena de las últimas décadas la ha transformado en una sociedad de personas de clase media, y en la cual la interacción de los individuos con el estado se coloca en el centro de la discusión. La mayoría de los chilenos interactúa con el estado en gran parte de su actividad diaria: en el transporte público, en la educación de sus hijos, en la atención de salud de su familia, en la obtención de documentos y trámites para lograr beneficios o subsidios, y, muy relevante para este trabajo, para poder desarrollar actividades e iniciativas propias que requieren de aprobación o autorización estatal.

Así, los individuos se enfrentan al estado no solo para la provisión de servicios indispensables para su vida cotidiana como el transporte, la educación o la salud, sino que dependen de la autoridad y discrecionalidad administrativa para el ejercicio de su derecho a desarrollar iniciativas y ejercer su libertad.

En muchos de estos casos, las decisiones de la autoridad pueden ser revisadas y controvertidas, en procesos que requieren el soporte y apoyo de un abogado para el adecuado resguardo de los derechos ante la administración. En la actualidad, dicha posibilidad está limitada o –en muchos casos– es inexistente.

¹ Si bien en Chile se han desarrollado diversas iniciativas para modernizar el Estado, los cambios más relevantes se han producido como consecuencia de crisis políticas y crisis de confianza. La agenda de modernización del Estado del año 2003 surge como respuesta al caso denominado MOP-GATE. La instalación de la institucionalidad para la transparencia el año 2007 surge a partir de la crisis de probidad en Chile Deportes y en los Programas Pro Empleo. Por último, las reformas políticas aprobadas en 2015 que incluyen nuevas normas sobre financiamiento de la política, sobre campañas y propaganda electoral, partidos políticos (entre otras), surgen a partir de los casos sobre financiamiento irregular de la política que irrumpen el año 2014. Las reformas han sido respuestas del sistema político ante la crisis políticas y de confianza, siendo las reformas, una manera de intentar recuperar la confianza ciudadana a través de mejoras institucionales y renuncias a ámbitos de poder e influencia.

² ANINAT y RAZMELIC (2018).

Tres son las entidades principales que cuentan con facultades de representación de los ciudadanos ante diferencias con el Estado; las Corporaciones de Asistencia Judicial, los abogados designados a través del turno, y la Defensoría Penal Pública³. Sin embargo, sus ámbitos de competencia son limitados. Existe una gran cantidad de materias respecto de las cuales no existe una forma de acceder a apoyo jurídico para lograr ejercer el derecho garantizado en el artículo 19 n.º 3 de nuestra Constitución Política; la igual protección en el ejercicio de los derechos.

En el presente trabajo, reconocemos que la interacción entre los ciudadanos y el Estado es un aspecto fundamental del proceso de modernización del Estado, e indagamos en la forma en que actualmente se resguarda el derecho a igual protección en el ejercicio de los derechos.

El trabajo se desarrolla de la siguiente forma. En primer término se explica el contenido y alcance del derecho a la defensa jurídica. Luego, se presentan los organismos encargados de implementar tal defensa, indicando las limitaciones y restricciones con las que actúan. En la tercera sección, el trabajo expone algunos ejemplos de trámites y procedimientos ante la administración del Estado que requieren o pueden requerir defensa jurídica y respecto de los cuales no existen servicios disponibles para la ciudadanía. La cuarta sección analiza y discute las implicancias de lo expuesto para efectos de posibles investigaciones futuras y para efectos de decisiones de política pública. Por último, se presentan las conclusiones.

2. LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO A LA DEFENSA JURÍDICA

La Constitución, en su artículo 19 n.º 3, señala que toda persona tiene derecho a la igual protección en el ejercicio de sus derechos. Asimismo, en su inciso tercero, propuesto por el comisionado Silva Bascuñán, señala: “La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos”.

Al revisar el sentido y alcance de esta disposición a luz de lo discutido en la Comisión Constituyente⁴, puede apreciarse que, de acuerdo con el profesor Silva, esta garantía no solo se refiera a la tramitación ante los tribunales, sino a toda la vivencia del ejercicio de los derechos consagrados en la Carta

³ Existen otras con competencias específicas en ciertos tipos de delitos, como el Instituto Nacional de Derechos Humanos o la Defensoría de la Niñez. Asimismo, hay otras en proceso de discusión legislativa como el Defensor del Contribuyente, en el marco proyecto de ley de Modernización Tributaria; *Boletín* 12.043-05.

⁴ Sesión 100 de la Comisión Constituyente, celebrada el 5 de enero de 1975.

Fundamental⁵. Asimismo, considera fundamental que quede asegurada en la Constitución, como presupuesto fundamental de la igualdad ante la justicia, la posibilidad de ser debidamente asistido o asesorado por abogados, ya sea por el que una persona elija o por el que ponga a su disposición la colectividad, sin ser indispensable que este tipo de asistencia para las personas desprovistas de recursos económicos sea prestada por el Estado o por el gobierno⁶.

En este sentido, su relevancia está dada, tal como lo señala el comisionado Eugenio Evans, porque a partir del amparo de este derecho se ampara

“el ejercicio de todos los derechos que el ordenamiento jurídico concede a las personas o grupos, ya sea ante la administración de justicia, la Contraloría General de la República, el Servicio de Seguro Social o ante quien deba conocer o resolver una situación en que esté involucrado un problema de vigencia de derechos”⁷.

Complementando lo anterior, Jaime Guzmán señala que la aplicación de este derecho puede ser de naturaleza jurisdiccional, pero que ello no solo se refiere a la jurisdicción propia de los tribunales del Poder Judicial, sino, también, a la jurisdicción administrativa, ya que la función jurisdiccional está preferentemente encargada a los tribunales, pero no exclusivamente a ellos, ya que la Administración del Estado ejerce también jurisdicción en ciertos casos, como los sumarios, u otros⁸.

Así, es claro que la garantía constitucional de igual protección en el ejercicio de los derechos tiene alcance no solo para garantizar el acceso a defensa jurídica ante los Tribunales de Justicia, sino que, como bien lo expresaron los comisionados Alejandro Silva Bascuñan, Eugenio Evans y Jaime Guzmán, se aplica también ante entidades de la administración pública, por cuanto ellas también aplican la ley por la vía jurisdiccional.

3. ASISTENCIA LEGAL A PERSONAS QUE NO PUEDEN PROVEERSE DE ELLA

3.1 Orígenes de la asistencia legal gratuita

La asistencia letrada a personas que no pueden proveerse de ella es un servicio que forma parte del sistema jurídico occidental, desde la época romana, donde,

⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2018), p. 477.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Op. cit.*, p. 478.

⁸ *Op. cit.*, p. 488.

bajo la fórmula pretoria “si non habent advocatum, ego dabo”, se otorgaba asistencia letrada a quienes no pudieran proveerse de alguno⁹.

Algunos siglos después, en las *Siete partidas* se consagró la facultad al juzgador para obligar a un letrado a dar asistencia a una persona que no tenía los medios para proveerse de ella, debiendo al abogado hacerlo “por amor de Dios”¹⁰.

Luego, la ordenanza de abogados, emitida por los reyes católicos en 1495, contenía disposiciones referidas a los “abogados de pobres”, que fueron ,por tanto, aplicadas también en la capitania general de Chile, durante el periodo colonial¹¹.

En virtud de lo anterior, hay registro de la existencia de un abogado de pobres en la Real Audiencia de Concepción (1565-1575) así como también, hay registro de la existencia de este oficio¹², remunerado por la Real Audiencia de Santiago, hasta el año 1784, cuando se estableció el sistema de turnos, en virtud del cual, se designaba, para cada año, a un abogado para defender las causas civiles, y otro para las causas criminales¹³, sin remuneración alguna.

Una vez producida la independencia nacional, esta institución continuó vigente, y fue reconocida en expresamente en la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Justicia, dictada en 1875, en virtud de la cual, en el inciso tercero del artículo 42, se facultó a los jueces de letras para designar cada mes a un abogado que defendiera gratuitamente las causas civiles, y otro las causas criminales, estableciéndose la misma facultad para la Corte de Apelaciones en el artículo 72 de esta ley. Finalmente, el artículo 407 de esta norma, estableció que es obligación de los abogados defender gratuitamente las causas de pobres que se les encomienden.

Luego, en 1943, al refundirse en un solo texto la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Justicia, y sus modificaciones posteriores, en el *Código Orgánico de los Tribunales*, las disposiciones relativas a la asistencia judicial y el privilegio de pobreza, incluyendo las normas que regulan el turno gratuito de los abogados, fueron agregadas bajo el título XVII, que será analizado más adelante.

3.2 Del Servicio de Asistencia Judicial

Luego de la creación de los primeros códigos chilenos, que sirvieron como base al ejercicio de la profesión de abogado, desde la segunda mitad del siglo

⁹ DOYHARCABAL (1983), p. 36.

¹⁰ ALFONSO X (1265), p. 436.

¹¹ DOUGNAC (1973), pp. 26-27.

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

XIX, con la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Justicia, el legislador procuró regular el ejercicio de la profesión de abogado, y su organización.

Años después, a través del decreto ley n.º 406, del 19 de marzo de 1925, se creó el Colegio de Abogados, cuya norma fundamental fue reemplazada por la ley n.º 4.409, en 1928. Esta norma establecía que era el Consejo General del Colegio de Abogados el que administraba el Registro de Abogados de la República, cuya inscripción era necesaria para ejercer la profesión de abogado.

Asimismo, a través del artículo 1º de la ley n.º 5520, de 1934, se agregó, como una de las obligaciones del Colegio de Abogados, en el artículo 12 letra ñ), la creación y mantención de consultorios jurídicos para pobres, y el artículo 523 del *Código Orgánico de Tribunales*, se estableció como requisito para ser abogado, haber servido en el Consultorio Jurídico para pobres, a satisfacción del consejo del Colegio de Abogados.

3.3. *Las Corporaciones de Asistencia Judicial*

Este régimen de asistencia jurídica gratuita se mantuvo en términos similares, desde 1943 hasta principios de la década de 1980, cuando, a través del decreto ley N° 3621, de 1981, del Ministerio de Justicia, se eliminó la afiliación obligatoria a los colegios profesionales, incluyendo el Colegio de Abogados.

Luego, a través de la ley n.º 17995, dictada también en 1981, se derogó la obligación de los Colegios de Abogados de mantener consultorios de asistencia jurídica para pobres, transformando los consultorios creados en virtud de lo dispuestos en la letra ñ) del artículo 12 de la ley n.º 4.409, en tres Corporaciones de Asistencia Judicial, domiciliadas en Santiago, Valparaíso y Concepción, a las que, algunos años después, a través de la ley n.º 18632, se agregó una Corporación de Asistencia Judicial con asiento en la ciudad de Iquique.

Las Corporaciones de Asistencia Judicial son las continuadoras del Colegio de Abogados, en lo referente a los servicios de asistencia judicial, y son servicios públicos que cuentan con personalidad jurídica y patrimonio propio, teniendo como sus objetivos principales la prestación de servicios de asistencia jurídica y judicial a personas de escasos recursos, y otorgar los medios para realizar la práctica profesional necesaria para obtener el título de abogado¹⁴.

¹⁴ Ley n.º 17.995 que Concede personalidad jurídica a los servicios de asistencia jurídica que se indican, en las regiones que se señalan. Artículo 2.

En virtud de la autonomía legal que cada Corporación de Asistencia Judicial tiene, y porque no existe norma alguna que regule o dé extensión a la garantía constitucional establecida en el art. 19 n.º 3. Por ello, cada una de ellas es soberana de determinar las materias sobre las que otorgará asistencia jurídica.

Así, de acuerdo con lo señalado por la directora general de la Corporación de Asistencia Judicial Arica y Parinacota, Tarapacá y Antofagasta, y el director general de la Corporación de Asistencia Judicial de la Región de Valparaíso¹⁵, las materias excluidas de la competencia de cada Corporación de Asistencia Judicial fueron acordadas en el documento “Sistema de Derivaciones entre las Corporaciones de Asistencia Judicial”, suscrito por las cuatro corporaciones de asistencia judicial, en 2013.

En este documento¹⁶, así como en las páginas web de estos servicios, es posible apreciar que las Corporaciones de Asistencia Judicial solo entregan asistencia en algunos asuntos civiles, laborales, penales y de familia, excluyéndose expresamente la asistencia jurídica en todas aquellas materias que no requieran asistencia de un abogado, y temas tributarios, comerciales, mineros, arbitrales, administrativos, de aguas, ambientales, de derechos del consumidor, o juicios o asuntos de conocimiento de jueces de Juzgados de Policía Local, entre otros.

3.4 La Defensoría Penal Pública

La Defensoría Penal Pública es un servicio público, descentralizado funcionalmente y desconcentrado territorialmente, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tiene por objeto

“proporcionar defensa penal a los imputados o acusados por un crimen, simple delito o falta que sea competencia de un juzgado de garantía o un tribunal de juicio oral en lo penal y de las respectivas cortes, en su caso, y que carezcan de abogado”¹⁷.

Fue creado en el año 2001, en el marco de la Reforma Procesal Penal, y de acuerdo con lo señalado por el Defensor Nacional¹⁸ en virtud de lo dis-

¹⁵ Estos oficios fueron enviados como respuesta los oficios n.º 26799 y 26781 enviados por el secretario de la Cámara de Diputados, Miguel Landeros, en representación del exdiputado Ernesto Silva.

¹⁶ CORPORACIÓN DE ASISTENCIA JUDICIAL DE TARAPACÁ Y OTROS (2013).

¹⁷ Ley n.º 19718, que crea la Defensoría Penal Pública. Artículos 1 y 2.

¹⁸ Oficio n.º 283, de fecha 5 de mayo de 2017, enviado por el Defensor Nacional al secretario general de la Cámara de Diputados.

puesto en el artículo 2° de la ley n.° 19718, que crea la Defensoría Penal Pública, los profesionales de la Defensoría Penal Pública tratan todas las materias jurídicas propias de la defensa penal técnica, esto es, derecho penal –parte general y especial–, leyes especiales (ley n.° 20000, ley n.° 20066, ley n.° 18216, etc.), derecho procesal penal, derecho penitenciario, ley de responsabilidad penal adolescente, derecho constitucional y tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile, y que se encuentren vigentes.

3.5 El turno de abogados

El título xvii del *Código Orgánico de Tribunales* regula el acceso a la justicia de quienes cuenten con privilegio de pobreza, permitiéndoles realizar sin costo actuaciones judiciales, realizar las consignaciones que exige la ley para interponer determinados recursos, y no ser condenadas al pago de costas judiciales, salvo en el caso de litigación temeraria, realizar gratuitamente inscripciones en el Registro Civil y otras diligencias.

Asimismo, el artículo 595 de este *Código* señala que corresponde a los jueces de letras designar cada mes y por turno un abogado que defienda las causas civiles y otro que defienda las causas del trabajo de las personas que hubieren obtenido privilegio de pobreza, pero cuando la necesidad lo requiera, la Corte de Apelaciones respectiva podrá disponer de la designación de dos o más abogados.

Los abogados designados en el turno deberán defender gratuitamente hasta su término las causas de pobres que se les encomienden¹⁹, salvo que se excepcionen por motivos justificados que serán calificados por el juez. En caso de no hacerlo, será sancionado con la suspensión del ejercicio profesional por hasta seis meses, por el tribunal que conozca de la causa en que se hubiere producido el incumplimiento.

Esta obligación que pesa sobre los abogados ha sido cuestionada por el Tribunal Constitucional, a través de una sentencia de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, que eliminó del artículo 595 del *Código Orgánico de Tribunales*, la referencia a la gratuidad señalada en el inciso primero, señalando que la eliminación de esta palabra tiene relación con eliminar:

“el impedimento que el contiene para que el abogado designado en el turno pueda cobrar del Estado una justa compensación por su trabajo, pero deja enteramente a salvo el derecho de las personas a ser asistidas gratuitamente, en los términos consagrados en la Carta Fundamental”²⁰.

¹⁹ *Código Orgánico de Tribunales*. Artículo 598.

²⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2009), rol N° 1254-08. Considerando nonagésimo octavo,

3.6 Otras entidades gubernamentales que tienen facultades para defender los derechos de las personas

Si bien no existen otras entidades estatales encargadas específicamente de defender gratuitamente a personas de escasos recursos, el legislador ha previsto que, para la protección de determinados bienes jurídicos, existan órganos de la administración del Estado puedan presentar acciones judiciales, y también prestar asesoría a las personas.

En el primer caso encontramos, por ejemplo, a la Defensoría de la Niñez, facultada para deducir querellas y acciones en casos que involucren a niños, y revistan carácter de gravedad, relevancia o interés social comprometido²¹, y el Instituto Nacional de Derechos Humanos, facultado para deducir acciones legales ante los Tribunales de Justicia, en el ámbito de su competencia, y en específico, respecto de hechos que revistan el carácter de crímenes de genocidio, de lesa humanidad o de guerra, desaparición forzada de personas, tráfico ilícito de migrantes o trata de personas²².

Otro ejemplo similar a los anteriores, es la facultad establecida en favor del Servicio Nacional del Consumidor, recientemente modificada, en virtud de la cual se le faculta para hacerse parte en las causas que comprometan el interés general de los consumidores²³.

Por su parte, encontramos en el segundo caso a este servicio, que también cuenta con la facultad de realizar acciones para informar y educar a los consumidores²⁴, similares a aquellas con las que cuenta el Instituto Nacional de Propiedad Industrial²⁵, en virtud de las cuales prestan asesoría a los usuarios y consumidores para el ejercicio de sus derechos en los ámbitos de su competencia.

Adicionalmente a las instituciones mencionadas y a otras que existen en nuestro ordenamiento jurídico, en la actualidad se encuentra en proceso de estudio otra propuesta conducente a establecer una institucionalidad para la defensa de las personas, en este caso, ante el Servicio de Impuestos Internos. En el proyecto de ley de Modernización Tributaria (*Boletín* 12.043-05), presentado por el Ejecutivo este año 2018, se propone la creación de

²¹ Ley n.º 21067, que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez. Letra b) del art. 3º e incisos 4º y 5º.

²² Ley n.º 20405 del Instituto Nacional de Derechos Humanos. Numeral 5º del art. 3º

²³ Ley n.º 19496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. Letra g) del art. 58.

²⁴ Ley n.º 19496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. Inciso 1º del art. 58.

²⁵ Ley n.º 20254, que crea el Instituto Nacional de Propiedad Industrial. Letra d) del art. 3º.

la Defensoría del Contribuyente (DEDECON), cuya función sería la de velar por el respeto y observancia de los derechos de los contribuyentes en su relación con el SII y por el cumplimiento por los contribuyentes de las normas tributarias. Se considera, además, que la DEDECON se constituye con un mandato de lograr mayor eficiencia, toda vez que buscaría obtener soluciones eficientes y menos costosas tanto para el fisco como para los contribuyentes, evitando litigios innecesarios.

4. LA RELACIÓN ENTRE EL ESTADO Y LOS CIUDADANOS

La interacción entre Estado y los ciudadanos, comprende un complejo entramado de derechos y deberes mutuos, que implican la realización de múltiples actos jurídicos, que se encuentran regulados en la ley, que interactúan a través de procedimientos que ella misma ley establece. A continuación, profundizaremos en los elementos que forma parte de esta relación.

4.1 *El Estado*

La Administración del Estado está compuesta actualmente por veintitrés ministerios, treinta y cinco subsecretarías, dieciséis gobiernos regionales²⁶, 346 comunas y más de cien organismos descentralizados²⁷, muchos de los cuales interactúan con los ciudadanos, y son capaces de dictar normas y regulaciones, y, en algunos casos, de exigir directamente su cumplimiento, o hacerlo a través de los Tribunales de Justicia.

Sin embargo, con el tiempo, la cantidad de órganos de la administración tiende a aumentar, con gran rapidez. Basta solo con revisar las leyes publicadas en 2017, para observar que solo el año pasado, se publicaron las leyes que crearon: la Dirección General de Concesiones del Ministerio de Obras Públicas²⁸, el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, la Región de Ñuble y las provincias de Diguillín, Punilla e Itata²⁹, la Comisión para el Mercado Financiero³⁰, el cargo de Gobernador Regional para cada

²⁶ Ley n.º 21074 sobre fortalecimiento de la regionalización del país.

²⁷ CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2018); "Organigrama de la Administración del Estado".

²⁸ Ley n.º 21044, que crea la Dirección General de Concesiones de Obras Públicas.

²⁹ Ley n.º 21033, que crea la XVI Región de Ñuble y las provincias de Diguillín, Punilla e Itata.

³⁰ Ley n.º 21000, que crea la Comisión para el Mercado Financiero.

una de las regiones del país³¹ y, a través de la ley que establece un nuevo sistema de educación pública³², setenta nuevos servicios locales de educación. Es decir, noventa y dos nuevas entidades administrativas, que traen consigo capacidad para dictar actos administrativos, probablemente, nuevos trámites, y nuevos procedimientos administrativos.

Un efecto que tiene la creación de nuevos órganos, es que se van atomizando las competencias, lo que, a su vez, genera órganos altamente especializados en materia muy específicas. Esto termina produciendo que estos órganos dictan normas y regulaciones, que por su complejidad técnica, sean incomprensibles o inaplicables para los ciudadanos, generando así un obstáculo importante en la interacción entre los ciudadanos y el Estado.

En este sentido, el paradigma de una norma de aplicación general, pero incomprensible para los ciudadanos e, incluso, los profesionales del área respectiva, fue la reforma tributaria³³ aprobada en 2014.

Ella contiene, por ejemplo, una modificación a la ley de la renta, que establece un régimen especial para micro, pequeñas y medianas empresas, cuyo primer requisito es

“a) Tener un promedio anual de ingresos percibidos o devengados por ventas y servicios de su giro, no superior a 50.000 unidades de fomento en los tres últimos años comerciales anteriores al ingreso al régimen, y mientras se encuentren acogidos al mismo”³⁴.

Resulta evidente que este primer requisito, tan importante para determinar el régimen de tributación aplicable a un microempresario, resulta incomprensible para la gran mayoría de ellos.

4.2 La Ley

La ley, como componente sustantivo de la relación de entre el Estado y los ciudadanos, siguiendo la definición prescrita en el *Código Civil*³⁵, es una fuente de obligaciones tanto para el Estado, como para los ciudadanos.

Bajo este concepto de ley, se comprenden varios miles de normas jurídicas, de distinta jerarquía, extensión y publicidad, emitidas día a día por

³¹ Ley n.º 20990, que dispone la elección popular del órgano ejecutivo del gobierno regional.

³² Ley n.º 21040, que crea el Sistema de Educación Pública.

³³ Ley n.º 20780 sobre reforma tributaria que modifica el sistema de tributación de la renta e introduce diversos ajustes en el sistema tributaria.

³⁴ Decreto ley n.º 824, de 1974, que aprueba texto que indica sobre de la ley de Impuesto a la Renta. Inciso 1º de la Letra A del art. 14 ter.

³⁵ *Código Civil*. Artículo 1º.

cientos de entidades públicas que la misma ley autoriza. Se presume, que todas ellas son conocidas por todos los ciudadanos, y que, por tanto, es obligatoria su obediencia.

Para simplemente dimensionar lo que ello significa, es posible observar en la *Recopilación de leyes y reglamentos* de la Contraloría General de la República³⁶, que solo entre enero y abril de este año se publicaron veintisiete leyes, seis decretos con fuerza de ley, veintiocho decretos supremos promulgatorios de acuerdos, convenios, protocolos, tratados y otras convenciones internacionales, setenta reglamentos y un autoacordado. Y lo anterior no contabiliza la enorme cantidad de decretos, decretos exentos, circulares, ordenanzas municipales y otros actos administrativos, cada uno de los cuales, de manera casi imperceptible, en la gran mayoría de los casos, va generando obligaciones, y determinando la relación entre el Estado y los ciudadanos.

Lo anterior, produce que los ciudadanos deban concurrir a la Administración del Estado, cada vez con mayor frecuencia, a realizar trámites, solicitar permisos, o hacer diligencias.

4.2.1 Los permisos ante la Administración Pública

Si bien no es el objetivo del presente trabajo enumerar todos los trámites y permisos que deben obtenerse ante la Administración Pública, sí resulta ilustrativo enunciar algunos de ellos, con el objetivo de evidenciar su cantidad y complejidad.

Para lo anterior, con el objetivo de tener una visión preliminar de esta problemática, resulta útil revisar las respuestas de órganos de la administración del Estado a una serie de oficios enviados por uno de los autores del presente trabajo a distintos órganos de la Administración del Estado, con el objetivo de recabar el listado de autorizaciones y permisos que los ciudadanos deben recabar ante ellos.

De ellas, pueden destacarse las siguientes:

- a) Servicio de Salud: A través de oficios, los diversos servicios de salud informaron que, ante ellos³⁷, los ciudadanos debían obtener cerca

³⁶ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2018).

³⁷ Listado total de oficios de respuesta.

Oficios ord. 639 del 20 de abril de 2017, de la SEREMI de Salud de la Región de Arica y Parinacota; ord. N° 989 del 27 de junio, de la SEREMI de Salud de la Región de Tarapacá; ord. 473, del 3 de mayo de 2017, de la SEREMI de Salud de la Región de Antofagasta; ord. 898, del 18 de abril de 2017, de la SEREMI de Salud de Atacama; ord. 412, del 6 de abril de 2017, de la SEREMI de Salud de Coquimbo; ord. 726, del 16 de mayo de 2017 y 525, del 30 de marzo de 2017, de la SEREMI de Salud de Valparaíso; ord. 3617, del 23 de junio de 2017, de la SEREMI de Salud de la Región Metropolitana; ord. 853, del 12 de abril de 2017,

de ochenta permisos sanitarios distintos ante los Servicios de Salud, que van desde la autorización para abrir una clínica o un hospital, pasando por un permiso para la instalación de todo lugar destinado a la acumulación, selección, industrialización, comercio o disposición final de basuras y desperdicios de cualquier clase, hasta el permiso para instalación, funcionamiento, ampliación o modificación de establecimientos destinados a la producción, elaboración y/o envase de alimentos y de establecimientos destinados al almacenamiento, distribución o venta de alimentos que necesiten refrigeración.

Cabe señalar que en varios casos, cuyo porcentaje varía dependiendo del año, el Servicio de Salud, y el tipo de solicitud, las solicitudes son rechazadas o deben ser retiradas, lo que podría dar cuenta de la falta de conocimiento de los solicitantes respecto de los requisitos exigidos en la ley.

Por ejemplo, en el Servicio de Salud de Tarapacá, en 2013, un 65% de los permisos para la instalación de agua potable, un 74% de los permisos de aguas servidas y un 89% de los permisos para almacenamiento y transporte, fueron retirados sin terminar su tramitación, y en el mismo año, en el Servicio de Salud de la Región del Maule, el 76% de los permisos solicitados relacionados con Emisiones y Residuos Industriales fue rechazado.

- b) Dirección General de Aguas: De acuerdo con lo informado por el servicio público³⁸, este se encuentra autorizado para otorgar quince tipos permisos y autorizaciones distintas, entre los que se encuentran la constitución de derechos de aguas consuntivos y no consuntivos, la autorización de extracciones sin necesidad de constituir derechos de aprovechamiento en zonas de escasez, la modificación de puntos de captación y la autorización de construcción, modificación, cambio y unificación de bocatomas.

Asimismo, es posible apreciar en la página web de este Servicio³⁹ la dificultad que existe para inscribir, por ejemplo, derechos de aguas. De todos los derechos de aguas solicitados entre 2010 y 2014, en la

de la SEREMI de Salud de la Región de O'Higgins; ord. 913, del 17 de abril de 2017, de la SEREMI de Salud del Maule; ord. 882, del 10 de abril de 2017, de la SEREMI de Salud de la Región del Bio Bio, ord. 1378, del 23 de junio de 2017, de la SEREMI de Salud de la Región de la Araucanía; ord. 575, del 26 de abril de 2017, de la SEREMI de Salud de la Región de los Ríos; ord. 642, del 19 de junio de 2017, la SEREMI de Salud de la Región de los Lagos; ord. 357, del 13 de abril de 2017, de la SEREMI de Salud de la Región de Aysén; ord. 473, del 9 de mayo de 2017, de la SEREMI de Salud de la Región de Magallanes.

³⁸ Ord. N° 216, emitido el 31 de mayo de 2017, por el Director General de Aguas.

³⁹ DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS (2018).

Región Metropolitana, solo 47 fueron aprobados, 185 fueron denegados, 32 se encuentran desistidos y 93 se encuentran aún pendiente de resolución.

- c) Servicio Nacional de Geología y Minería (SERNAGEOMIN): Por su parte, SERNAGEOMIN señaló⁴⁰ que otorga nueve permisos distintos, entre los que se encuentran, por ejemplo, la aprobación de planes de cierre mineros, aprobación del método de explotación minero, o la autorización para el tránsito de vehículos de pasajeros al interior de una mina.

Un ejemplo de la forma cómo se aprueban los permisos, en la Región de Coquimbo, entre 2013-2016, fueron ingresados a tramitación 1 605 proyectos de explotación minera. De ellos, seis fueron rechazados, veintiuno fueron abandonados, 56 fueron desistidos, ciento nueve fueron observados y 1 185 fueron aprobados.

- e) Servicio de Impuestos Internos (SII): De acuerdo con lo informado por el SII⁴¹, este organismo de la administración del Estado tiene entre sus facultades: liquidar o reliquidar impuestos, tasar la base imponible y la aplicación de sanciones administrativas, en caso de infracciones a la normativa.

Asimismo, de acuerdo con la información entregada por el SII, en la Operación Renta 2018⁴², 416 599 declaraciones de impuesto a la renta fueron rechazadas, que representan un 11,3% del total de declaraciones, a pesar de que el 83,31% de los contribuyentes declararon utilizando la propuesta ofrecida por el SII.

4.3 Las Leyes Procedimentales

Las leyes procedimentales, como componentes formales de la relación entre el Estado y los ciudadanos, establecen la forma a través de la cual estos pueden entablar un diálogo con el Estado, ya para solicitar un permiso o autorización, o para oponerse a una sanción, entre otros motivos.

La Constitución Política, en el numeral 18 del artículo 63, señala como materia de ley, a aquellas que fijen las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública.

En virtud de lo anterior, la ley n.º 19880 Orgánica Constitucional, establece las bases de los procedimientos que rigen la actuación de los órganos

⁴⁰ Ord. n.º 1235 de fecha 20 de Junio de 2017, el director nacional del Servicio Nacional de Geología y Minería.

⁴¹ SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (2018).

⁴² *Ibid.*

de la administración del Estado. De acuerdo con lo señalado en el artículo primero de esta ley, el procedimiento establecido en ella es el procedimiento general, y también es el procedimiento supletorio, en el caso en que la ley establezca procedimientos especiales.

Sin embargo, lamentablemente, los procedimientos especiales están lejos de ser excepcionales. Tal como señalaba el profesor Luis Cordero Vega hace algunos años⁴³, desde 1990 en adelante, cada nuevo marco regulatorio de interés ha ido acompañado de un sistema de solución de controversias específico, por lo que se habían agregado, hasta el año 2011, 78 nuevos mecanismos de solución jurisdiccional, llegando a existir en el país, solo considerando las cuestiones contenciosas administrativas, es decir, las que enfrentan a los ciudadanos y el estado, más de 160 tipos de procedimientos administrativos distintos.

5. ANÁLISIS Y DISCUSIÓN

¿Cómo abordar estos desafíos? ¿Cómo generar condiciones que aseguren a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos ante un estado que crece en presupuesto, regulación y especialización? Sin duda, se trata de un desafío muy complejo.

5.1. *Un problema creciente*

Como se ha señalado previamente, tres son las tendencias principales que afectan el derecho a igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. La primera es el crecimiento de la burocracia y sus atribuciones en materias de permisos y autorizaciones. La segunda es el crecimiento de procedimientos e institucionalidades especializadas para la resolución de conflictos entre los particulares y el Estado, y la tercera, es la falta de adaptación de la institucionalidad a la que la ley otorga competencia para asegurar el acceso a la justicia, a la nueva realidad regulatoria, ya que, a pesar de todos los cambios ocurridos durante los últimos años, no ha sufrido mayores cambios en los últimos treinta o cincuenta años. La combinación de ellas genera la necesidad de reflexionar sobre un posible camino de acción.

El crecimiento de la burocracia –más allá del mérito de cada nueva entidad que se crea– es una tendencia consistente con los incentivos de los actores políticos. Dada la dificultad de resolver los asuntos públicos comple-

⁴³ CORDERO (2011).

jos, los actores políticos buscan mostrar a sus electores que intentan resolver los asuntos a través de distintas herramientas. Una de ellas es la creación de organismos “expertos” o especializados, que supuestamente cuentan con las capacidades para abordar desafíos complejos. Así, con cada nuevo aparato público creado, pueden mostrar ante sus bases de apoyo que han tomado iniciativa y acción para abordar los problemas, aun cuando la herramienta –crear una nueva entidad– no sea la más eficiente.

De igual forma, la economía política positiva muestra que tanto el Poder Legislativo como el Ejecutivo tienen incentivos a establecer procedimientos exhaustivos y detallados –aun cuando ello aumente los costos de transacción, genere ineficiencia y se limite el acceso de los más pobres– para el actuar de los servicios públicos. Ello, pues a través de dichos procedimientos se busca inducir a los funcionarios públicos a seguir los lineamientos, procedimientos y pasos, que los políticos esperan que se realicen. Así, los procedimientos administrativos y su nivel de detalle y complejidad, no son, sino una forma en la cual los actores políticos buscan controlar el comportamiento de la burocracia, reduciendo su autonomía e induciendo su actuar en la lógica deseada por el congreso y el ejecutivo que las crearon.

Estas tendencias, que –como se ha dicho– son una respuesta coherente con los incentivos que enfrentan los actores políticos, conducen a resultados indeseados respecto de los ciudadanos y del resguardo del derecho a igual protección ante la ley.

5.2. Un problema con respuesta incierta

Dado lo anterior, cabe preguntarse cómo abordar el asunto. La tendencia mayoritaria busca abordar la consecuencia, no la causa. Así, y ante el crecimiento de servicios públicos, el aumento de permisos y autorizaciones, y el surgimiento de procedimientos especializados, la respuesta primaria suele ser la creación de mecanismos especializados para la defensa del ciudadano. Surgen así los defensores del consumidor, del contribuyente, de la infancia, por mencionar sólo algunos.

Pero esta estrategia se hace cargo de las consecuencias de la dinámica expansiva de la burocracia, y no de las causas que inciden en dicho crecimiento. El perseverar en la creación de organismos especializados de defensa de las personas ante un Estado que crece, conducirá, a su vez, a un mayor crecimiento del Estado, a la existencia de más procedimientos y conflictos complejos, y –por tanto–, a hacer más complejo el derecho a igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos.

Además, la existencia de instituciones defensoras distintas hacen que el ciudadano no sepa finalmente a quien recurrir en el caso de necesitar

ayuda, y que frente a problemas complejos, que tengan aristas múltiples, como tributarias, ambientales, civiles y penales, deba tratar con entidades asesoras distintas, lo que, además de ser menos eficiente, hace más compleja la recepción de asesoría.

Abordar las causas –no las consecuencias– que explican el crecimiento burocrático y la especialización procedimental y jurisdiccional es una tarea mucho más compleja y de largo aliento. Implica entender de mejor forma los incentivos que enfrentan los actores políticos al momento de formular las políticas públicas y abordar los diseños institucionales.

Sin embargo, aun cuando se trate de un esfuerzo de mayor complejidad, puede ser un esfuerzo más conducente a asegurar el derecho de las personas a igual protección de la ley.

En ese sentido, más que preguntarse qué se debe hacer ante el crecimiento administrativo, se requiere entender si dicho crecimiento es necesario o no, y si existen formas de alterar los incentivos para los actores políticos que participan en el proceso de formulación de políticas públicas.

Bajo esta lógica, una mirada escéptica del *status quo* imperante en términos de institucionalidad y procedimientos puede ayudar como punto de partida. ¿Tienen sentido todos los procedimientos, permisos, autorizaciones que hoy requiere el ordenamiento jurídico? ¿Existen servicios públicos o procedimientos que surgieron en un momento y contexto pero que ya no sirven al contexto actual? Estas y otras preguntas pueden iluminar el tipo de análisis que puede ayudar a ofrecer una mirada alternativa a la lógica de crear nuevos organismos de defensa de los ciudadanos.

5.3. Hacia una posible agenda de investigación y debate en la materia

Coherente con lo anterior, consideramos necesario un debate y una agenda de investigación que evalúe críticamente los procedimientos, autorizaciones y solicitudes hoy requeridos en los diversos servicios y reparticiones gubernamentales. Este debate ya se ha generado –por ejemplo– en relación con la institucionalidad ambiental, donde las entidades especializadas y los procedimientos de autorización han generado –para algunos– una dinámica de inmovilismo y extrema dificultad para el ejercicio de los derechos de las personas.

Sin embargo, en instancias y procedimientos mucho más acotados y sencillos, existe una oportunidad de evaluar el mérito y la necesidad de tanto requerimiento. En el caso de este trabajo, se ha dado cuenta de los procedimientos y autorizaciones que recaen en instituciones como los Servicios de Salud, la Dirección Nacional de Aguas, el SERNAGEOMIN y el SII, pero

son muchas las entidades cuyos procesos y atribuciones pueden ser objeto de escrutinio.

Sugerimos cuatro posibles líneas de investigación a futuro. La primera es una corriente que evalúe el mérito de las atribuciones y procedimientos de los servicios públicos en la actualidad, en lo que se refiere a la forma en que afectan el derecho de las personas a igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. Someter a las agencias públicas y a sus procedimientos a este análisis puede contribuir a una mejor comprensión de las oportunidades de mejora y cambio.

Una segunda línea de investigación podría referirse a la recolección de evidencia sobre la discrecionalidad burocrática en el ejercicio de sus funciones, al momento de otorgar permisos, autorizaciones y resoluciones. Ya en esta primera investigación exploratoria hemos podido constatar que en diferentes regiones del país, un mismo servicio público puede tener tasas de rechazo de solicitudes muy diversas del resto para un mismo asunto, cuestión que podría explicarse –al menos intuitivamente– por la existencia de distintos criterios al interior de un mismo organismo. Así, ante reglas iguales, en distintas regiones se aplican criterios diferentes, evidenciando que la discrecionalidad administrativa puede representar un papel negativo en la certeza necesaria para lograr una igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. Una agenda de investigación que recolecte evidencia, que compare prácticas y que sistematice información, puede generar un insumo de alto valor para la reflexión y evolución de los servicios públicos y sus facultades hacia el futuro.

Una tercera línea de investigación tiene relación con los incentivos y restricciones que los actores políticos enfrentar al momento de diseñar nuevas agencias públicas, nuevos procedimientos y nuevas formas de resolución de conflictos. Tal como se ha señalado, los incentivos de los actores políticos están alineados con crear más burocracia y especificar los procedimientos que deben seguir. La pregunta, entonces, es, ¿cómo influir en dichos incentivos para evitar que el crecimiento burocrático afecte negativamente los derechos de las personas en su interacción con el estado? Ya existen algunas iniciativas en curso, y profundizar en su estudio y comprensión puede ser muy relevante para el futuro.

A modo de ejemplo, la literatura de impacto regulatorio busca anticipar al momento de la construcción de una norma, cuáles pueden ser los impactos esperados de dicha regulación hacia el futuro, incluyendo otros ámbitos que no son abordados directamente por la ley. Esta idea está recogida en nuestro ordenamiento jurídico, por ejemplo, en el artículo 5 del Estatuto PYME⁴⁴ que demanda que cualquier propuesta de nueva regulación debe

⁴⁴ Ley n.º 20416, que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño.

someterse previamente a un examen de impacto regulatorio en las pequeñas y medianas empresas.

De esta forma, se eleva el umbral de exigencia para una nueva regulación, pues cualquiera sea su objetivo, no puede afectar la competitividad y productividad de las empresas a regular o, al menos, debe hacer explícito que existe dicho riesgo. En la misma línea de pensamiento, pero con un instrumento diferente, el Instructivo Presidencial que exige acompañar un Informe de Productividad previo a ciertos proyectos de ley⁴⁵, constituye también una forma de alterar los incentivos de los actores políticos y elevar los costos para crear una nueva regulación. Por último, la discusión sobre la iniciativa –no aprobada– de exigir que todas las mociones parlamentarias deban ser acompañadas de un informe de competitividad va alineado también con elevar los estándares de exigencia para crear una nueva regulación.

En este sentido, podría estudiarse si, en los mismos informes de competitividad debiera incorporarse, como un criterio a evaluar, la accesibilidad de la norma, analizando a quienes se aplicará, y si ellos cuentan con herramientas para entenderla y hacer valer sus derechos, o si, especialmente las personas más pobres, tendrán acceso a asesoría en su aplicación.

Una última línea de investigación tiene que ver con revisar si las instituciones a quienes la ley hoy encarga amparar el acceso a la justicia de los chilenos; principalmente las Corporaciones de Asistencia Judicial, la Defensoría Pública y el turno de los abogados, cumplen adecuadamente con ese rol, o quedan desprotegidos los ciudadanos en algunas materias. Asimismo, debiera evaluarse si, para garantizar el acceso a la justicia en nuevas normas y procedimientos que se creen, la solución será ir creando defensorías especializadas por cada tema, aumentar las materias de competencia de las Corporaciones de Asistencia Judicial o reformar completamente esta institucionalidad, transformando las múltiples corporaciones y defensorías en un organismo único, con competencia para garantizar el acceso a la justicia de los ciudadanos en cualquier materia.

La evolución de la burocracia chilena, de los procedimientos, permisos y mecanismos de resolución de conflictos ha crecido en forma relevante en las últimas décadas. Profundizar en una agenda de investigación que aborde estos asuntos desde una perspectiva integrada, que incorpore la mirada del derecho, la ciencia política, la sociología y la economía, es necesario para una adecuada respuesta a un desafío muy complejo.

⁴⁵ Instructivo presidencial N° 2, del 8 de noviembre de 2016, que instruye la elaboración de Informes de Productividad.

6. CONCLUSIONES

La Constitución asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, sin distinguir entre procesos judiciales y procesos ante otros órganos que ejerzan jurisdicción. Las Corporaciones de Asistencia Judicial, el turno de abogados, y la Defensoría Penal Pública, son los principales organismos destinados a asesorar a las personas a fin de resguardar su derecho a igual protección ante la ley, ante un juez ajeno a la administración.

Estas instituciones abordan un ámbito acotado de asistencia a las personas, excluyendo importantes aspectos como la asesoría y defensa ante órganos de la administración del Estado, la asesoría en materia tributaria o ambiental, o la asesoría a personas jurídicas. De esta forma, el derecho a igual protección ante la ley no pareciera estar debidamente resguardado.

Adicionalmente, los órganos de la administración conducen trámites y conceden permisos, que, en muchos casos son complejos de entender y tramitar, por lo que requieren de asesoría legal especializada, tanto para solicitarlos como para pedir su reconsideración.

Si bien han surgido nuevos organismos de asesoría y defensa en los últimos años como el Defensor del Consumidor, el Defensor de la Niñez (o en el futuro el Defensor del Contribuyente), se trata de casos puntuales y de iniciativas que abordan áreas acotadas, específicas y especializadas. Quedan muchos trámites, procedimientos y recursos excluidos del acceso a asesoría y resguardo.

Todo esto da cuenta de un problema creciente. Año a año aumentan los órganos del Estado, los procesos y autorizaciones que les corresponde otorgar, y se establecen nuevos procedimientos e instituciones especializadas para la resolución de conflictos y controversias. Ello hace aún más complejo el debido respeto a la garantía de igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos.

Llamamos la atención sobre el problema que implica la falta de debido resguardo de esta garantía para las personas. Proponemos una agenda de investigación que permita entender de mejor forma la magnitud del problema, recoger y entender la evidencia y magnitud de la discrecionalidad administrativa, y revisar las reglas que definen los incentivos de los actores políticos al momento de crear y diseñar nuevos órganos del Estado y sus respectivos procedimientos y facultades.

BIBLIOGRAFÍA

ALFONSO X (1265): *Las siete partidas*. Ley VI de la Partida Tercera (edición de 1807, Madrid, Imprenta Real), tomo II.

- ANINAT, Isabel y Slaven RAZMILIC (2018): "Por qué modernizar el estado", en *Puntos de Referencia*, n.º 480, Centro de Estudios Públicos.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2018): *Actas de la Comisión Ortúzar: Sesiones 83° (2° parte) a 115*, tomo III. Disponible en: www.leychile.cl/Consulta/antecedentes_const_1980 [Fecha de consulta: 7 de octubre de 2018].
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2018): *Recopilación de leyes y reglamentos* (Santiago, Edición Oficial). tomo 158.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2018): *Organigrama de la Administración del Estado*. Disponible en www.ceacgr.cl/CEA/pdf/Organigrama-de-la-administracion-del-Estado.pdf [fecha de consulta: 8 de octubre de 2018].
- CORDERO VEGA, Luis (2011): ¿Nueva justicia económica?, Publicado en *El Mercurio Legal*, 12 de mayo de 2011. Disponible en www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2011/05/12/Nueva-justicia-economica.aspx. [Fecha de consulta: 9 de octubre de 2018].
- CORPORACIÓN DE ASISTENCIA JUDICIAL METROPOLITANA (2018): *Materias atendidas*. Disponible en www.cajmetro.cl/materias-atendidas/. [Fecha de consulta: 8 de octubre de 2018].
- CORPORACIÓN DE ASISTENCIA JUDICIAL DE TARAPACÁ Y OTROS (2013): *Sistema de Derivaciones entre las Corporaciones de Asistencia Judicial*. Disponible en www.cajta.cl/public_html/assets/docs/DocumentoFormularios/Instructivo_Derivaciones_Final_2013.pdf. [Fecha de revisión: 11 de octubre de 2018]
- CORPORACIÓN DE ASISTENCIA JUDICIAL DE TARAPACÁ (2018): *Principales Materias de Atención*. Disponible en www.cajta.cl/nosotros/servicios/materias. [Fecha de consulta: 8 de octubre de 2018]
- DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS (2018): *Búsqueda de derechos y solicitudes*. Disponible en: <http://snia.dga.cl/CPAConsultas/site/mainSearch/mainSearch.xhtml>. [Fecha de revisión: 10 de octubre de 2018].
- DOYHARBACAL CASSE, Solange (1983): "Asistencia judicial gratuita en derecho romano", en *Revista Chilena de Historio del Derecho, Universidad de Chile*, N° 9: pp. 35-39.
- DOUGNAC RODRIGUEZ, Antonio (1973): "Notas históricas en torno a la asistencia jurídica gratuita y la práctica forense en Chile", en *Revista de Derecho Procesal, Universidad de Chile*, N° 5: pp. 24-27.
- MINISTERIO DE HACIENDA (2018): Proyecto de ley que moderniza la legislación tributaria, en *Boletín* 12.043-05. Presentado el 23 de agosto de 2018.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat (1821): *El espíritu de las leyes*.
- SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (2018): *SII objetó 419.599 declaraciones de Impuesto a la Renta, un 11,3% del total*, publicada el 20 de julio de 2018. Disponible en www.sii.cl/noticias/2018/200718noti01srm.htm. [Fecha de consulta: 9 de octubre de 2018].

SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (2018): *Potestades, competencias, responsabilidades, funciones o tareas del Servicio de Impuestos Internos*. Publicada el 7 de septiembre de 2018. Disponible en www.sii.gob.cl/transparencia/pcrfato.html. [Fecha de consulta: 9 de octubre de 2018]

Normas

Código Orgánico de Tribunales. *Diario Oficial*, 7 de julio de 1943.

Código Civil. Decreto con fuerza de ley n.º 1 de 2.000, del Ministerio de Justicia, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del *Código Civil*; de la ley n.º 4808, sobre Registro Civil; de la ley n.º 17344, que autoriza cambio de nombres y apellidos; de la ley n.º 16618, ley de menores; de la ley n.º 14908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la ley n.º 16271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones. *Diario Oficial*, 30 de mayo de 2000.

Constitución Política de la República de 1980.

Decreto ley n.º 406, de 1925, del Ministerio de Justicia “De los Colegios de Abogados”. *Diario Oficial*, 27 de marzo de 1925.

Decreto ley n.º 824, de 1974, que aprueba texto que indica sobre de la ley de Impuesto a la Renta. Inciso 1º de la Letra A del art. 14 ter. *Diario oficial*, 31 de diciembre de 1974.

Decreto ley n.º 3621, de 1980, del Ministerio de Justicia, que fija las normas sobre los colegios profesionales. *Diario Oficial*, 7 de febrero de 1981.

Instructivo presidencial n.º 2, del 8 de noviembre 2016, que instruye la elaboración de Informes de Productividad.

Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Justicia. Promulgada el 15 de octubre de 1975.

Ley n.º 4.409 sobre el Colegio de Abogados. *Diario Oficial*, 11 de septiembre de 1928-

Ley n.º 5520, que Modifica la ley orgánica del Colegio de Abogados, n.º 4409. *Diario Oficial*, 26 de diciembre de 1934.

Ley n.º 17.995 que Concede personalidad jurídica a los servicios de asistencia jurídica que se indican, en las regiones que se señalan.

Ley n.º 18.632, que Crea la Corporación de Asistencia Judicial de las Regiones de Tarapacá y Antofagasta, y les concede personalidad jurídica. *Diario Oficial*, 27 de julio de 1987.

Ley n.º 19496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. *Diario Oficial*. 7 de marzo de 1997.

Ley n.º 19718, que crea la Defensoría Penal Pública. *Diario Oficial*, 10 de marzo de 2001.

- Ley n.° 19880, que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del estado. *Diario Oficial*, 29 de mayo de 2003.
- Ley n.° 20254, que crea el Instituto Nacional de Propiedad Industrial. *Diario Oficial*, 14 de abril de 2008.
- Ley n.° 20405 del Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Diario Oficial*, 10 de diciembre de 2009.
- Ley n.° 20780 sobre reforma tributaria que modifica el sistema de tributación de la renta e introduce diversos ajustes en el sistema tributaria. *Diario Oficial*, 29 de septiembre de 2014.
- Ley n.° 20990 que dispone la elección popular del órgano ejecutivo del Gobierno Regional. *Diario Oficial*. 5 de enero de 2017.
- Ley n.° 21000, que Crea la Comisión para el Mercado Financiero. *Diario Oficial*, 23 de febrero de 2017.
- Ley n.° 21033, que crea la XVI Región de Ñuble y las provincias de Diguillín, Punilla e Itata. *Diario Oficial*, 5 de septiembre de 2017.
- Ley n.° 21.040 que crea el Sistema de Educación Pública. *Diario Oficial*, 24 de noviembre de 2017.
- Ley n.° 21.044 que crea la Dirección General de Concesiones de Obras Públicas. *Diario Oficial*, 25 de noviembre de 2017.
- Ley n.° 21067, que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez. *Diario Oficial*, 28 de enero de 2018.
- Ley n.° 21074 sobre fortalecimiento de la regionalización del país. *Diario Oficial*, 15 de febrero de 2018.
- Ley n.° 20.416, que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño. *Diario Oficial*, 3 de febrero de 2010.
- Oficio n.° 283 de 2017, de la Defensoría Penal Pública, de fecha 5 de mayo del año 2017.
- Ord. n.° 216, emitido el 31 de mayo de 2017, por el Director General de Aguas.
- Ord. n.° 357, del 13 de abril de 2017, de la SEREMI de Salud de la Región de Aysén.
- Ord. n.° 412, del 6 de abril de 2017, de la SEREMI de Salud de Coquimbo.
- Ord. n.° 473, del 3 de mayo de 2017, de la SEREMI de Salud de la Región de Antofagasta.
- Ord. n.° 473, del 9 de mayo de 2017, de la SEREMI de Salud de la Región de Magallanes.
- Ord. n.° 575, del 26 de abril de 2017, de la SEREMI de Salud de la Región de los Tíos.
- Ord. n.° 639 del 20 de abril de 2017, de la SEREMI de Salud de la Región de Arica y Parinacota.

- Ord. n.º 642, del 19 de Junio de 2017, la SEREMI de Salud de la Región de Los Lagos.
- Ord. n.º 726, del 16 de mayo de 2017 y 525, del 30 de marzo de 2017, de la SEREMI de Salud de Valparaíso.
- Ord. n.º 853, del 12 de abril de 2017, de la SEREMI de Salud de la Región de O'Higgins.
- Ord. n.º 882, del 10 de abril de 2017, de la SEREMI de Salud de la Región del Bio Bio.
- Ord. n.º 898, del 18 de abril de 2017, de la SEREMI de Salud de Atacama.
- Ord. n.º 913, del 17 de abril de 2017, de la SEREMI de Salud del Maule.
- Ord. n.º 989 del 27 de junio, de la SEREMI de Salud de la Región de Tarapacá.
- Ord. n.º 1235 de fecha 20 de Junio de 2017, el director nacional del Servicio Nacional de Geología y Minería.
- Ord. n.º 1378, del 23 de Junio de 2017, de la SEREMI de Salud de la Región de la Araucanía. Ord. n.º 3617, del 23 de junio de 2017, de la SEREMI de Salud de la Región Metropolitana.

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional de Chile (2009): rol n.º 1254-08, 29 de julio de 2009.

LOS LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN
DEL EMPLEADOR
EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
EN PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

THE LIMITS TO FREEDOM OF EXPRESSION
OF THE EMPLOYER
IN COLLECTIVE BARGAINING
IN A CONSTITUTIONAL PERSPECTIVE

*Cecilia Rosales Rigol**

RESUMEN: Mediante el presente trabajo se realiza un análisis constitucional del ejercicio de la libertad de expresión del empleador en el contexto de las relaciones laborales, especialmente en el proceso de negociación colectiva. Para tal efecto, se revisan las normas del *Código del Trabajo* con el objetivo de precisar los ámbitos en que esta libertad adquiere especial relevancia, así como las limitaciones a su ejercicio. De lo anterior, se concluye que, si bien la legislación, en especial con la reforma laboral de 2016, busca fomentar un espacio de diálogo y acuerdo para el fomento de relaciones laborales justas y equilibradas entre las partes, existe una asimetría en la protección de la libertad de expresión en perjuicio del empleador, consecuencia de una regulación estricta del proceso de negociación colectiva (reglada) y las sanciones asociadas a la comisión de prácticas desleales.

PALABRAS CLAVE: Libertad de expresión - Negociación colectiva - Empleador - Reforma laboral.

ABSTRACT: By means of the present work, it is carried out a constitutional analysis of the exercise of freedom of expression of the employer in the context of labor relations, especially in the collective bargaining process. For this purpose, the regulations of the Labor Code are revised in order to

* Profesora de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile.

specify the areas in which this freedom acquires special relevance, as well as the limitations on its exercise. From the above, it is concluded that although the legislation, especially with the labor reform of 2016, seeks to promote a space for dialogue and agreement for the promotion of fair and balanced labor relations between the parties, there is an asymmetry in the protection of the freedom of expression to the detriment of the employer, as a consequence of a strict regulation of the collective bargaining process (regulated) and the sanctions associated with the commission of unfair practices.

KEYWORDS: Freedom of expression - Collective Bargaining - Employer - Labor Reform.

I. EL PROBLEMA DE LA EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS EN LA EMPRESA

La ciudadanía del trabajador es una de las principales manifestaciones del proceso de constitucionalización del derecho del trabajo. Permitted recognizing the titularidad de los derechos fundamentales del trabajador en la empresa, afianzando los límites al poder del empleador.

En efecto tal como afirma el profesor Sergio Gamonal, en los años recientes, la doctrina laboral, la jurisprudencia y también el legislador han aceptado la aplicación horizontal de los derechos fundamentales no propiamente laborales (o inespecíficos), esto es, aquellos que detenta el trabajador como persona, afirmando que estos no pueden quedar postergados por el hecho de ser parte de un contrato de trabajo¹.

Como sostiene el profesor Eduardo Caamaño, la eficacia horizontal cobra especial relevancia en el ámbito del trabajo, porque la relación laboral posee un elemento particular que la diferencia de otras relaciones entre particulares, cual es el vínculo de subordinación del trabajador frente a su empleador y del que deriva un poder de dirección y control reconocido por el sistema jurídico que rompe la posición de equivalencia necesaria en las relaciones jurídicas de derecho privado².

Dicha eficacia de los derechos fundamentales del trabajador fue recogida en nuestro ordenamiento con la reforma introducida al *Código del Trabajo* por la ley n.º 19759, en virtud de la cual se dispuso expresamente que el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador tiene como límite el respeto a las garantías fundamentales de los trabajadores.

¹ GAMONAL (2009), p. 72.

² CAAMAÑO (2006), p. 21.

Con posterioridad, el legislador, consciente de la necesidad de contar con un proceso eficaz que asegurase la protección de los derechos fundamentales inespecíficos, instituyó (ley n.º 20087) el procedimiento de tutela de derechos fundamentales, haciendo posible la aplicación efectiva de la eficacia horizontal de los derechos, especialmente por medio del principio de proporcionalidad o juicio de ponderación como mecanismo para la solución de controversias de derechos fundamentales³.

La amplia discrecionalidad que cabe reconocer al juez y el complejo proceso de interpretación constitucional (atendida la ambigüedad e indeterminación de los preceptos fundamentales), hace de la ponderación un instrumento no exento de críticas y dificultades.

Lo cierto es que la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, consecuencia de la fuerza normativa directa y vinculante de la Constitución, quedó reconocida en nuestro ordenamiento laboral con referencia al trabajador. Tal como afirma Nicolás Barrio, coherente con el espíritu de esta legislación, el *Código del Trabajo* (artículos 5 inciso primero y 154bis) se centra en la protección de los derechos fundamentales exclusivamente desde la perspectiva del trabajador, estableciendo, de esta forma, una preferencia absoluta inaceptable, en tanto que la necesidad de dar protección a la parte más débil no puede significar que se desconozcan o supriman los derechos fundamentales del empleador. En apoyo de su tesis, cita diversas disposiciones del derecho comparado que reconocen una titularidad amplia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales, como es el caso de la Constitución del Perú, artículo 23, inciso 3º y el Estatuto de los Trabajadores de España, artículo 2⁴.

No podemos menos que reconocer que las facultades empresariales miradas desde la perspectiva constitucional, se vinculan y encuentran su sustento en el ejercicio de derechos fundamentales clásicos como son el derecho de propiedad, el derecho a ejercer libremente cualquier actividad económica, o el derecho a la libertad de trabajo, en cuanto a su libre contratación. Sin embargo, ¿solo estos derechos fundamentales del empleador generan conflictos en la relación laboral o son los únicos que pueden ser invocados siempre y en toda circunstancia frente a los derechos fundamentales del trabajador?

³ El profesor Eduardo Caamaño, antes de la entrada en vigencia de este instituto procesal, venía reconociendo el papel de la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo en la nueva forma de comprender el derecho laboral, materializando el efecto de irradiación de los derechos fundamentales de los trabajadores en cuanto persona al ámbito de la empresa. CAAMAÑO (2006), p. 43.

⁴ BARRIOS (2003).

Partiendo de una afirmación incuestionable como es que en la relación laboral la parte más poderosa y, por ende, la más proclive a cometer una vulneración de derechos en la generalidad de los casos es el empleador, es posible admitir que hay ciertos ámbitos en que este podría ver lesionado injustamente otros derechos fundamentales, y no tenga asegurada una fórmula efectiva destinada a garantizar su ejercicio y respeto.

Hace unos años las murallas de un conocido hospital clínico de Santiago se encontraban cubiertas por una gran cantidad de carteles en que los trabajadores en huelga de dicha entidad se expresaban en términos ofensivos, y en algunos casos injuriosos en contra de sus empleadores, opiniones que eran reflejo, probablemente, del descontento existente con motivo del inconcluso proceso de negociación colectiva. ¿Tales expresiones pueden considerarse ejercicio mismo de la libertad de expresión que la Constitución reconoce a todas las personas y, por lo mismo, también a los trabajadores en el ámbito de sus relaciones laborales, o corresponde a un ejercicio abusivo frente al derecho a la honra del empleador (en tanto persona natural) o al prestigio de la empresa (en tanto persona jurídica)?

Teniendo presente lo anterior, se advierte que existe al menos un espacio de conflicto en que el empleador podría reclamar la afectación de derechos, sin que con ello se contradiga la lógica garantizadora (principio prooperario) de la legislación laboral. Me refiero a aquella etapa en que estos negocian bajo la representación de un sindicato y se encuentran amparados por el fuero respectivo, puesto que al estar colectivamente organizados adquieren una posición de mayor peso en relación con el empleador.

Podría ocurrir, también, y sucede, que los trabajadores o sindicatos en un proceso de negociación colectiva o huelga difundan por medios masivos cierta información inexacta o manifiestamente falsa para presionar a sus empleadores a dar solución a sus demandas.

Ante estas posibles conductas, nos surge varias interrogantes ¿Podría el empleador en ejercicio de su libertad de expresión emitir pronunciamientos con el fin de aclarar tales informaciones o defenderse de las imputaciones injustas, injuriosas o calumniosas? ¿Podría aquello ser constitutivo de una injerencia en perjuicio de la libertad sindical de los trabajadores?

Como se verá más adelante, la libertad de opinión e información de los trabajadores está efectivamente garantizada en el ámbito laboral, especialmente a través de la protección de la libertad sindical, concretamente con las figuras de las prácticas antisindicales. La libre expresión de las ideas y el derecho a la información resultan muy importantes para que las organizaciones sindicales puedan gozar de los medios necesarios para cumplir con sus fines, especialmente cuando negocian colectivamente, pero no existe como contrapartida el necesario reconocimiento de la libertad de expresión que también corresponde al empleador en este mismo proceso.

La reforma laboral aprobada el año 2016, en cierta medida, pretendió abordar el fondo de estos cuestionamientos. En efecto, uno de los objetivos primordiales de este cambio legislativo es lograr legitimar un sistema institucional que permita procesar el conflicto laboral, generando un procedimiento que contenga un conjunto de incentivos destinados a promover el diálogo al interior de la empresa, el acuerdo y mecanismos pacíficos de controversias⁵.

Cabe precisar que con esta reforma, las garantías a la libertad sindical se constituyen mediante la tipificación de dos tipos de injerencia ilegítima, las prácticas antisindicales (capítulo IX, libro III) y las prácticas desleales en la negociación colectiva (título IX, libro IV). De acuerdo con la Dirección del Trabajo, la nueva preceptiva ha venido a vigorizar la sanción de estas conductas, como garantía no solo de la libertad sindical, sino, también, del derecho a la negociación colectiva y del derecho a la huelga⁶.

Lo cierto es que si la libertad de expresión del empleador no está expresamente prevista en el *Código*, podría concluirse que no se admite su ejercicio bajo ningún pretexto, y si, por el contrario, es posible reconocerle algún ámbito de ejercicio, habría que preguntarse si gozaría de alguna tutela en tal sentido. Tales cuestionamientos son los que espero abordar a lo largo del presente trabajo.

Si bien el empleador no contará con la misma protección que se ha previsto en favor del trabajador, a mi juicio, no podemos negarle o desconocerle su libertad de expresión en el marco de la relación laboral, como no podemos hacerlo en ningún otro ámbito, no solo porque hacerlo sería inconstitucional, sino, también, por tratarse de un derecho de especial trascendencia para las sociedades democráticas actuales.

Sin embargo, abordar la cuestión anterior no es tan sencilla. Su ejercicio debe ser compatibilizado con otros derechos fundamentales, en especial con la libertad sindical y el derecho a negociar colectivamente. Ello se explica lógicamente en la idea que los derechos no son nunca categorías absolutas y despliegan su potencial en un contexto social en que hay otros que también realizan conductas amparadas en el ejercicio de otros derechos de igual valor y jerarquía.

El Comité de Libertad Sindical de la OIT, a través de diversos pronunciamientos, reconoce que los trabajadores y empleadores tienen derecho a la libertad de expresión y a la libertad sindical y se sostiene, en tal sentido, que ambas libertades deben ser complementarias y no contradictorias⁷.

⁵ Véase Mensaje n.º 1055-362, de 29 de diciembre de 2014 en *Boletín* N.º 9835-13, Cámara de Diputados, Proyecto de ley que moderniza el sistema de relaciones laborales, introduciendo modificaciones al *Código del Trabajo*. Disponible en www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10248&prmBL=9835-13

⁶ Dictamen N.º 0999/0027, de 2 de marzo de 2017, p. 2.

⁷ CONFEDERACIÓN SINDICAL INTERNACIONAL (2013).

Para los efectos del presente trabajo, y dada la amplitud del tema, me centraré en adelante especialmente en el ejercicio de la libertad de expresión con motivo de un proceso de negociación colectiva y huelga. Pero para ello me avocaré primeramente a realizar algunas precisiones conceptuales de orden constitucional.

II. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Conforme al artículo 19 N° 12 de la Constitución, todas las personas tienen derecho a su libertad de emitir opinión y a su libertad de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades.

Si bien este derecho nació históricamente asociado a la prensa por la necesidad de preservar dicha libertad frente a la injerencia del Estado, hoy está reconocida su eficacia entre particulares. Es importante señalar que su reconocimiento se extiende no solo a las personas naturales, sino, también, a las personas jurídicas.

Nuestra Carta Fundamental, complementada, además, por las normas de los tratados internacionales⁸, reconoce la libertad de expresión en sus dos vertientes, es decir, en tanto libertad de opinión y libertad de información.

La opinión debe ser diferenciada, por tanto, de la información.

Para el profesor José Luis Cea, la opinión “es un juicio de valor pronunciado por quien tiene un conocimiento intermedio entre la ignorancia y la ciencia”⁹; siguiendo al profesor Humberto Nogueira, la libertad de opinión consiste en “poner de manifiesto ante otros todo lo que tiene origen y/o consecuencia en la esfera psíquica de una persona por su propia voluntad”¹⁰, en otras palabras, difundir e intercambiar todo aquello que se cree o piensa, de naturaleza eminentemente subjetiva.

Por el contrario, la información es

“el caudal de conocimientos y pensamientos que incluyen tanto la narración objetiva de los hechos, como las imágenes, descripciones, signos, símbolos, caricaturas, estadísticas, relatos y comentarios, sean subjetivos o no”¹¹;

⁸ Art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos de la OEA.

⁹ CEA (2012), p. 386.

¹⁰ NOGUEIRA (2002), p. 18.

¹¹ CEA (2012), p. 386.

luego la libertad de informar incluye tanto la libertad de recibir como la de comunicar, publicar, difundir informaciones y el acceso a la fuentes de información¹², y constituye el supuesto base de las opiniones, entendiendo que ellas se forman de la libre comunicación y difusión de las noticias e ideas.

Según el profesor José Luis Cea, existe un problema de fondo, cual es que en ocasiones la información incluye el comentario subjetivo, es decir, una opinión sobre los hechos objetivos. No se trata de un relato puro de los acontecimientos, sino que se han introducido juicios o evaluaciones, a veces imperceptibles por el receptor del mensaje. Para dicho autor, no hay libertad de expresión allí donde solo se autoriza, o se puede informar respecto de hechos objetivos, prohibiendo comentarlos. Cuando ello ocurre se está en camino a la censura. La cuestión resulta compleja, pues no es raro también que bajo el amparo del ejercicio de la libertad de opinión se encubra lo que, en realidad, sean afirmaciones descalificadoras del destinatario de aquellas¹³.

La jurisprudencia ha recogido la distinción entre una opinión y una información, particularmente relevante cuando debe resolver conflictos entre la libertad de expresión y el derecho a la honra. Y reconoce que la opinión por el hecho de ser subjetiva puede ejercerse en forma más amplia, pues no requiere “de ser probada científicamente o verificable empíricamente, entendiendo que su único límite está en no utilizar expresiones vejatorias o insultos innecesarios para la expresión de ideas”. En tal sentido, la libertad de emitir opinión y la crítica son inherentes al régimen democrático, en especial cuando se trata de autoridades¹⁴. En esa línea, la doctrina reconoce que la crítica es esencial en la vida democrática y ella sería imposible de realizar si existiese el riesgo que fuere siempre objeto de imputación penal¹⁵. Luego, se considera suficientes los delitos de injuria y de calumnia como instituciones penales para la protección de la honra.

Es importante precisar que el ejercicio de estas libertades admite cualquier forma y medio. Es decir, puede efectuarse de manera oral o por escrito, en privado o públicamente, por canales de televisión, diarios, radios, revistas, folletos, libros, incluso internet, así lo ha entendido la jurisprudencia judicial.

Debemos acotar, también, que estas libertades se ejercen sin censura previa, es decir, no pueden estar sometidas a una autorización anterior a su difusión. En ese sentido, el profesor José Luis Cea, aclara, en cuanto a los sujetos activos de este ilícito, que

¹² NOGUEIRA (2002), p. 25.

¹³ CEA (2012), p. 387.

¹⁴ Sentencia Corte Suprema, rol N° 36.753-2015, de 17 de marzo de 2016, considerando sexto.

¹⁵ NOGUEIRA (2004). Citado por dicha sentencia.

“pueden incurrir en censura las autoridades del Estado y también los particulares. En el ámbito de las relaciones laborales, del ejercicio de la cátedra docente o en el mundo de los negocios es fácil descubrir ejemplos que ilustran lo dicho”¹⁶.

Lo anterior es sin perjuicio de la propia autolimitación, y de aquellas restricciones o limitaciones, que con carácter parcial y por tiempo limitado pueden ser impuestas por el legislador, respetando la Constitución.

De acuerdo con la Carta Fundamental, la libertad analizada está sujeta a un sistema de responsabilidades ulteriores. Según el profesor Humberto Nogueira:

“El sistema de responsabilidad en materia de libertad de opinión e información opera como indican la Constitución en su artículo 19 N° 12 y la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 13.2, con posterioridad al ejercicio de la libertad. Es un control jurídico y judicial que respeta la autodeterminación de las personas y de los medios de comunicación social, ya que les posibilita decidir si expresan o no un juicio, opinión o información, aunque al hacerlo les puede generar responsabilidades civiles y penales”¹⁷.

La libertad de información, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, importa el derecho de libre elección, es decir, el derecho a proporcionar libremente la información que se desee, expresión de la amplia autonomía reconocida a la persona.

Por otra parte, la información, tiene como límite inherente la veracidad de la narración, exigiendo un mínimo de razonabilidad en la comprobación de los hechos afirmados. No es sinónimo de verdad objetiva, pero se excluye la información falsa, es decir, “aquella dada con el deliberado fin de engañar, se da con dolo o mala fe”¹⁸. La información errónea, por el contrario no siempre genera responsabilidad, y generalmente es entendido como el resultado de un concepto equivocado en la mente del informante.

Por último, la información admite como límite el carácter secreto, reservado o pertinente a la esfera privada del contenido del mensaje. Así, por ejemplo, de acuerdo con la ley n.º 19733 sobre Libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, no podrá invocarse como eximente de responsabilidad, la veracidad de ciertas actuaciones, cuando ellas se refieran al ámbito de la vida privada de las personas, y no existiere consentimiento del interesado.

¹⁶ CEA (2012), p. 387.

¹⁷ NOGUEIRA (2002), p. 59.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 31.

Nuestra Constitución no reconoce expresamente el derecho a recibir información o a ser informado, pero conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, eso no significa que no cabe reconocerlo como un derecho fundamental en sí mismo y no solo como reflejo de la libertad del comunicador¹⁹.

Cabe concluir, entonces, que la libertad de expresión no es un derecho absoluto, y como tal, puede estar sujeto a restricciones.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el artículo 13 de la Convención respectiva reconoce expresamente que este derecho-libertad puede estar sujeto a limitaciones y que estas deben cumplir ciertas condiciones para ser legítimas, tales como: deben estar establecidas en la ley, no pueden estar sujeta a censura previa, sino a responsabilidades ulteriores y ser necesarias para asegurar el respecto a los derechos o la reputación de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas²⁰.

A propósito de un estudio comparativo entre la jurisprudencia de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Adriana Jiménez Ulloa, sostiene que entre estos textos convencionales se advierte un diferente tratamiento de las posibles limitaciones al ejercicio de la libertad de expresión. Del texto de la Convención Americana se desprende la hipótesis de una extralimitación a la libertad de expresión que genera un tipo de responsabilidad posterior. Por el contrario, la Convención Europea admite que el ejercicio de la libertad pueda condicionarse, dando lugar a límites que se aplican antes que suceda una extralimitación o un ejercicio abusivo de la libertad de expresión “y puede significar [...], con el correspondiente sustento, la prohibición de su ejercicio”²¹.

Si bien el texto constitucional chileno consagra un sistema de responsabilidades posteriores al ejercicio abusivo del derecho al igual que la Convención Americana, nuestro ordenamiento jurídico contempla situaciones en que se encuentra restringido *ex ante* el ejercicio de la libertad de expresión. Ello ocurre en relación con los procesos de votaciones populares, por ejemplo, en la prohibición de aludir a asuntos ideológicos o de carácter partidista en la propaganda electoral para los plebiscitos comunales (artículo 30 de la ley n.º 18700), y con el periodo de receso de la propaganda

¹⁹ NOGUEIRA (2002), p. 34.

²⁰ Véase en libro *Marco Jurídico Interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 30 de diciembre de 2009, OEA Ser. L/V/II, CIDH/RELE/INF.2/09, p. 22.

²¹ JIMÉNEZ (2010), p. 58.

electoral (artículo 32 de la ley n.º 18700). También en otros ámbitos como cuando se prohíbe a los medios de prensa difundir imágenes o nombres que identifiquen a menores de edad implicados en hechos delictuales (artículo 33 de la ley n.º 19733), entre otras disposiciones e, incluso, en el carácter no deliberante, o de neutralidad política partidista, de la Fuerzas Armadas y Carabineros, del cual no cabe duda se desprende una restricción significativa el ejercicio de la libertad de expresión de los integrantes de dichas instituciones (artículo 101 de la Constitución).

En consecuencia, es posible y legítimo que el Estado pueda imponer ciertas restricciones antes del ejercicio de esta libertad en casos específicos y calificados, siempre que estén establecidos en la ley.

Debe tenerse presente que la Constitución impone como límite a las limitaciones o regulaciones de los derechos fundamentales, la protección o no afectación del núcleo esencial (artículo 19 n.º 26). Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional un derecho resulta afectado en su “esencia” cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera que deja de ser reconocible o, bien, se le imponen condiciones, tributos o requisitos que lo hacen irrealizable o lo entran más allá de lo razonable²². El contenido y el alcance de esta garantía son cuestiones que hoy se discuten en la doctrina²³, sin embargo, si el ordenamiento constitucional lo contempla expresamente, como en nuestro caso, debe tener alguna significación jurídica. Ante esto, cabe reconocerle al menos dos funciones posibles, y en ningún caso contradictorias: la primera afirma que la garantía en cuestión se impone como una barrera final que no puede ser sobrepasada por el legislador, de modo que al momento de establecer medidas restrictivas debe oponer el texto constitucional expreso como un límite al vaciamiento de los derechos fundamentales; y la segunda, en cuanto se exige una justificación a toda restricción que se equipara a la idea de prohibición de exceso o al principio de proporcionalidad²⁴.

Reconociendo que la libertad de expresión admite límites que compatibilicen su ejercicio con el legítimo ejercicio de otros derechos fundamentales, finalizamos esta parte añadiendo que en la compleja cuestión de definir los términos de la regulación del legislador, el Tribunal Constitucional chileno, ejerciendo el control preventivo de constitucionalidad de las leyes, ha precisado la necesidad de recurrir al principio de proporcionalidad

²² Véase sentencia del Tribunal Constitucional, rol n.º 43-1987, considerando vigésimo primero, disponible en www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes2?rol=43-87

²³ Véanse las dificultades teóricas acerca de la precisión y aplicación de la garantía del contenido esencial en CASAL (2010), pp. 287-326.

²⁴ CASAL (2010), pp. 297, 299 y ss.

para determinar si una medida restrictiva es admisible constitucionalmente. Esto significa que deberá examinar las exigencias de necesidad, idoneidad y proporcionalidad estricta de toda medida restrictiva para verificar si persigue un fin legítimo, si es el medio para obtener ese fin y si resulta tolerable, respectivamente²⁵.

Analizaremos, a continuación, la libertad de expresión en el ámbito de las relaciones laborales.

III. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL *CÓDIGO DEL TRABAJO*

El Código del Trabajo contiene diversas disposiciones que, a mi juicio, se vinculan con la libertad de expresión y tienen incidencia en relación con el ejercicio de la libertad sindical y con el derecho a la negociación colectiva. Aún más con la reforma laboral aprobada el año 2016, se introdujo una serie de disposiciones por medio de las cuales se reforzó particularmente el derecho a la información de los sindicatos²⁶. Veamos a continuación, sintéticamente, estas normas.

- El artículo 231, inciso cuarto, establece que el estatuto de la organización sindical deberá disponer de los resguardos para que sus socios puedan ejercer su libertad de opinión y su derecho a votar.
- El artículo 232 establece que los estatutos del sindicato serán públicos y deberán disponer de garantías de acceso a la información y documentación sindical a favor del afiliado.
- El artículo 244 consagra el derecho de los trabajadores afiliados a expresar su censura a la mesa directiva. Ella se votará en secreto, requiere un quórum de mayoría absoluta del total de afiliados y afectará a todo el directorio.
- Conforme al artículo 289 serán especialmente constitutivas de prácticas antisindicales del empleador, letra a) ejercer presiones mediante amenazas de pérdida del empleo o beneficios o del cierre de la empresa, establecimiento o faena en caso de acordarse la constitución de un sindicato. Será también constitutiva de tales infracciones, letra b), la negativa de proporcionar a los dirigentes del o los sindicatos base la información a que se refieren los artículos 315 y 317. Estas mismas

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 2358-2012, considerando decimoquinto, disponible en www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2633

²⁶ La ley n.º 20940 (Diario Oficial, 8 de septiembre de 2016, introdujo un título nuevo II, Derecho a Información de las Organizaciones Sindicales, del libro IV de la Negociación Colectiva del *Código del Trabajo*.

acciones serán constitutivas de práctica antisindical cuando se realicen a fin de evitar la afiliación de un trabajador al sindicato existente (letra d). Por último, constituyen infracciones a la libertad sindical, los actos de injerencia sindical, tales como intervenir activamente en la organización de un sindicato y ejercer presiones conducentes a que los trabajadores ingresen a un determinado sindicato (letra e) del artículo antes mencionado).

- Conforme al artículo 290, letra e), serán especialmente constitutivas de prácticas antisindicales las acciones de los trabajadores o de las organizaciones sindicales que divulguen a terceros ajenos a este los documentos o la información que hayan recibido del empleador y que tengan el carácter de confidencial o reservados. También son constitutivas de dichas prácticas, ejercer los derechos sindicales o fueros que establece el *Código del Trabajo* de mala fe o con abuso del derecho (letra f).
- El artículo 291 letra b) reconoce en forma expresa la libertad de opinión de los miembros de un sindicato, a propósito de las infracciones que atentan contra la libertad sindical. Así también incurrirán en prácticas antisindicales los que por cualquier medio entorpezcan o impidan dicha libertad.
- El artículo 303, establece que las partes deben negociar de buena fe, sin poner obstáculos que limiten las opciones de entendimiento entre ambas.
- El artículo 315 se refiere al derecho general de información periódica de los sindicatos en las grandes empresas, que obliga a estas a entregar balances, estado de resultados, información financiera y toda otra información de carácter público.
- El artículo 316 consagra el derecho de información específica para la negociación colectiva, en cuya virtud existe la obligación de las empresas de entregar a los sindicatos que tengan derecho a negociar aquella información específica y necesaria para preparar sus negociaciones colectivas. En relación con la información mínima, la norma distingue entre empresas grandes y medianas, y empresas pequeñas. Se especifica que el mínimo exigido comprenderá los balances de los dos años inmediatamente anteriores, la información financiera necesaria para la confección del proyecto referida a los meses del año en ejercicio, los costos globales de mano de obra del mismo periodo y la información pertinente que incida en la política futura de inversiones de la empresa siempre que no sea confidencial. Todo ello deberá ser requerido por el sindicato.
- El artículo 317 establece el derecho de información por cargos o funciones de los trabajadores en las grandes y pequeñas empresas.

Así los trabajadores podrán solicitar una vez al año información sobre remuneraciones asignadas a los diversos cargos o funciones, información que deberá entregarse innominadamente, asegurando la debida reserva de la información individual de cada trabajador.

- El artículo 318 se hace cargo del derecho a la información periódica de los sindicatos en las micro, pequeña y mediana empresa, información referida a sus ingresos y egresos que, de acuerdo con su régimen tributario, fueron declarados ante el Servicio de Impuestos Internos.
- Si bien no se vincula con el derecho propiamente tal, pero si con su garantía, mencionamos, también, el artículo 319, en el que se establece que si el empleador no cumple con la información prevista en los artículos 315, 316, 317 y 318, el sindicato tendrá derecho a requerirla por vía administrativa (ante la Inspección del Trabajo) y, en caso de fracaso, por la judicial (ante el tribunal laboral).
- El artículo 335 establece la obligación del empleador de dar respuesta por escrito a la comisión negociadora sindical sobre el proyecto de contrato colectivo. En dicha respuesta el empleador deberá hacerse cargo de todas las cláusulas propuestas en el proyecto y podrá explicar los fundamentos y contenidos de su proposición. Acompañará, además, los antecedentes que la sustente. El plazo para presentar la respuesta es de diez días después de su presentación, prorrogable por las partes. Si no da respuesta será sancionado con multa y, en su caso, su silencio se entenderá como señal de aceptación.
- De acuerdo con el artículo 346, antes del inicio del periodo en que se haga efectiva la votación de la huelga, el empleador podrá informar la última oferta a todos los trabajadores involucrados en la negociación colectiva, por escrito y a través de mecanismos generales de comunicación.
- Conforme al artículo 351, acordada la huelga cualquiera de las partes podrá solicitar la mediación obligatoria del inspector del trabajo competente con el objetivo de facilitar el acuerdo. El inspector del trabajo podrá citar a las partes conjunta o separadamente, cuantas veces sea necesario, a fin de acercar posiciones y facilitar el establecimiento de bases de acuerdo para la suscripción del contrato colectivo.
- Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 358 establece que durante la huelga las partes podrán reanudar las negociaciones las veces que estimen conveniente, sin sujeción a ninguna restricción o regla especial.
- De acuerdo con el artículo 403 letra c), será especialmente constitutiva de una práctica desleal el incumplimiento de la obligación del empleador, durante la negociación colectiva, de suministrar la información señalada en los términos del artículo 315 y siguientes, tanto en la oportunidad como en la autenticidad de la información entre-

gada. También se considerarán prácticas desleales que entorpezcan la negociación colectiva o sus procedimientos, la divulgación a terceros ajenos a esta de los documentos o de la información que hayan recibido del empleador y que tengan el carácter de confidencial o reservados (artículo 404 letra c)). Estas prácticas serán sancionadas con multas de acuerdo con el tamaño de la empresa, la gravedad de la infracción y el número de trabajadores involucrados o afiliados a la organización sindical. El conocimiento y resolución de las infracciones por prácticas desleales en la negociación colectiva se sustanciarán conforme al procedimiento de tutela laboral de derechos.

- Si bien no es una norma que está comprendida dentro de las disposiciones relacionadas con la libertad sindical y la negociación colectiva, pero tiene amplio alcance, cabe mencionar, por último, el artículo 154 bis, que estipula la obligación del empleador de mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral.
- Como lo anticipamos, de las disposiciones reseñadas, me centraré solo en aquellas que regulan la información y la opinión del empleador durante la negociación colectiva. Pero antes, conviene efectuar algunas precisiones fundamentales sobre esta.

La negociación colectiva es instrumento de superación del desequilibrio de poder en la relación entre trabajador, individualmente considerado, y el empleador. En ese sentido, la negociación surge en un contexto político y social de profundización del principio de igualdad, ante necesidad de enfrentar colectivamente aquellas desigualdades reales generadas por los excesos del liberalismo económico decimonónico. Recordemos que este proceso significó profundas transformaciones a los fines y a la acción del Estado liberal de principios del siglo XX.

Tal como afirman los profesores Eduardo Caamaño y José Luis Ugarte, es una institución propia del derecho laboral que persigue armonizar los intereses contradictorios de los actores laborales²⁷.

Podemos definirlo, básicamente, como un procedimiento que se lleva a cabo entre los trabajadores y los empleadores con el objetivo de acordar condiciones comunes de trabajo y remuneración y que culmina con un instrumento colectivo.

La Constitución reconoce el derecho de los trabajadores a negociar colectivamente en el artículo 19 n.º 16 y remite a la ley en lo que se refiere a sus inhabilidades, modalidades y procedimientos.

²⁷ CAAMAÑO y UGARTE (2008), p. 31.

Dicho texto fundamental debe ser complementado con el reconocimiento que, además, se le provee en el ámbito internacional, especialmente el Convenio 98 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Bajo el amparo del derecho internacional, este derecho ha sido ampliamente desarrollado por medio de una serie de recomendaciones elaboradas por los organismos encargados de interpretar las normas convencionales. Conforme a esta normativa internacional, la negociación colectiva es un derecho que forma parte del contenido amplio y colectivo de la libertad sindical²⁸ –reconocida en nuestra Carta en el n.º 19 del artículo 19–, entendiendo que el derecho a negociar colectivamente constituye uno de aquellos medios de acción sindical que permite que las organizaciones sindicales puedan cumplir sus funciones u objetivos. Cabe precisar, en todo caso, que nuestra Constitución reconoce este derecho también a los grupos de trabajadores no sindicalizados.

En lo que nos interesa, el Comité de Libertad Sindical de la OIT se ha encargado de precisar que la libertad sindical debe ejercerse en “un clima sin violencia, sin presión, miedo, ni amenaza de ningún tipo”²⁹, en concordancia con el principio de no injerencia que deben recíprocamente garantizarse las organizaciones de trabajadores y los empleadores, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2 del Convenio 98. A su vez, ha destacado la necesidad que la negociación colectiva se realice con sujeción al principio de buena fe. Y entiende que este principio implica el esfuerzo de ambas partes para llegar a un acuerdo, desarrollar negociaciones verdaderas y constructivas para establecer y mantener relaciones de confianza entre las partes, evitar retrasos injustificados, cumplir acuerdos pactados y aplicarlos de buena fe³⁰. Un avance en tal sentido, constituye la incorporación de este principio a nuestra legislación laboral, por medio de la reforma aprobada el año 2016, el que quedó plasmado en el artículo 303, ya reseñado.

La definición legal del principio impone la obligación de las partes de cumplir con las obligaciones y plazos, sin poner obstáculos que dificulten el entendimiento entre las partes. Según la Dirección del Trabajo, se traduce en la obligación de las partes de actuar rectamente, sin intención de dañar y reconoce su conexión con el derecho de las organizaciones sindicales de contar con la información adecuada para cumplir con sus funciones³¹.

²⁸ GARCÍA y CONTRERAS (2014), pp. 948 y 298.

²⁹ Véase *Libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios* del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 5ª ed. revisada, párrafo 35.

³⁰ Extractado por GERNIGON *et al.* (2000), p. 47.

³¹ Dictamen n.º 5935/0096, de 13 de diciembre de 2016.

IV. NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y EJERCICIO CONCRETO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Debemos precisar que, conforme al *Código del Trabajo*, y su modificación reciente (ley n.º 20940), la negociación se realiza en dos modalidades distintas: reglada y no reglada o voluntaria. En efecto, como señala el profesor José Luis Ugarte, la legislación vigente posreforma eliminó la negociación semirreglada prevista en la normativa anterior para los grupos negociadores³².

Consecuencia de aquella reforma, según la profesora Daniela Marzi, y sigue en esto la opinión del profesor José Luis Ugarte, el sistema quedó configurado con una modalidad reglada con carácter obligatorio para el empleador, sujeta al régimen establecido en el artículo 327 y siguientes del *Código del Trabajo* y, por otro lado, la negociación colectiva voluntaria. Esta última, quedó establecida en una forma general (artículo 314) –se realiza sin sujeción a normas de procedimiento–, y diversas modalidades específicas de la misma (como la de los trabajadores por obra o faena transitoria).

Un cambio trascendental del sistema fue la extensión del ejercicio del derecho de huelga a la negociación voluntaria, antes reconocido únicamente a la reglada³³.

Dado que la negociación colectiva reglada es la más común de las modalidades³⁴, son precisamente las disposiciones vinculadas con esta última, las que serán objeto de mayor análisis.

Básicamente, se distinguen tres grandes etapas en este proceso. Primero la preparación de un proyecto de instrumento; segundo, la negociación del proyecto y, tercero, la culminación del proceso mediante la suscripción del instrumentos, convenio o contrato colectivo. La huelga puede llegar a ejecutarse durante dicho procedimiento si se cumplen ciertos requisitos o condiciones.

En este contexto, la libertad de expresión del empleador podrá desplegarse en dos ámbitos distintos, estos son, al interior del proceso de negociación, con los trabajadores involucrados, y fuera de este campo, en cuanto va dirigida a terceros ajenos al proceso mismo como, por ejemplo, clientes, trabajadores no involucrados, público en general. Lamentablemente por razones de extensión, no podremos abordar este ámbito de expresión.

Al interior de la empresa, la libertad de expresión constituye un derecho indispensable que cabe reconocerles a las partes negociadoras, en tanto

³² UGARTE (2017), pp. 355-363 y 358.

³³ MARZI (2017), pp. 335-353 y 352.

³⁴ FUENTES y FUENTES (2013), p. 53.

que como proceso de búsqueda de acuerdos, la negociación debe constituir un espacio en que trabajadores organizados colectivamente y empleador dialogan sinceramente acerca de sus pretensiones, necesidades, posturas y argumentos. En tal sentido, la libertad de expresión debe estar garantizada para ambas partes, y debe ser ejercida en términos que facilite y promueva la obtención del acuerdo. Así lo ha precisado el Comité de Libertad Sindical de la OIT, cuando plantea:

“el ejercicio pleno de los derechos sindicales requiere de la existencia de una corriente libre de informaciones, opiniones e ideas y, con este fin, tanto los trabajadores y los empleadores como sus organizaciones deberían disfrutar de la libertad de opinión y de expresión en sus reuniones publicaciones y otras actividades sindicales”³⁵.

El Tribunal Nacional del Trabajo de Israel, el año 2013, tuvo oportunidad de pronunciarse sobre este asunto. Concordando con el principio de injerencia de la OIT, hizo una distinción clave entre el periodo en que los trabajadores están en proceso de constitución de sindicatos y el periodo que deviene una vez constituidos estos, y en que han obtenido los derechos de negociación y representación sindical. Dicho tribunal precisó que cuando está constituido el sindicato el empleador tendría un mayor ámbito de expresión, pues se ha establecido un cambio material en la relación de poder en tanto ahora los trabajadores ya no están en una posición vulnerable y son representados por el sindicato³⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, del examen de las normas antes citadas podemos constatar que solo hay reconocimiento expreso y efectivo de la libertad de opinión y de informar en favor de los trabajadores y sus sindicatos.

El hecho que en nuestro ordenamiento laboral no se haya reconocido tal derecho a favor del empleador, no quiere decir que pueda ser desconocido sin contravenir seriamente el espíritu y texto de la Constitución.

Bajo tal premisa, es posible afirmar que las normas que regulan la negociación colectiva constituyen restricciones al ejercicio de la libertad de expresión, en el entendido que el legislador está facultado legítimamente para imponer estas limitaciones, a fin de conciliar tal libertad con el derecho de negociación y libertad sindical de los trabajadores, también de jerarquía constitucional. Por lo tanto, el problema deberá centrarse en determinar hasta donde son tolerables estas restricciones y en qué medida son constitutivas o no de una verdadera vulneración al derecho y libertad de expresión. Asimismo, también es dable preguntarse acerca si son admisibles otros espacios

³⁵ OIT (2006), p. 154.

³⁶ CONFEDERACIÓN SINDICAL INTERNACIONAL (2013), p. 11.

u oportunidades para la expresión o difusión de ideas o informaciones más allá de las situaciones concretas previstas en el ordenamiento.

Para responder a dichos cuestionamientos, creo pertinente tener presente las siguientes consideraciones:

1° Cualquiera regulación que tienda armonizar derechos parte del supuesto que todos ellos tienen la misma jerarquía normativa y, que en estricto rigor, ningún derecho tiene una precedencia o prevalencia absoluta. Siguiendo a Robert Alexy, como normas de principios, las normas constitucionales se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y dependen de las posibilidades jurídicas y también reales. Luego,

“...bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la pregunta acerca de cuál es el principio que prevalece puede ser solucionada de manera diversa”³⁷.

2° La condición de validez de cualquier norma legal limitativa de los derechos fundamentales dependen de que no excedan el principio de proporcionalidad. Tal como lo reconoce Jesús Casal Hernández, el legislador está llamado, al regular los distintos sectores del ordenamiento, a armonizar bienes constitucionales que pueden entrar en tensión, pudiendo configurar soluciones normativas, amparado en el principio de reserva legal así como en el principio del Estado de derecho y el principio democrático³⁸. Siendo posibles estas restricciones, afirma que el principio de proporcionalidad opera como una técnica que reclama que tal limitación no solo no sea excesiva

“sino que pueda exhibir desde el comienzo una fundamentación sustantiva capaz de vencer la resistencia que esos derechos oponen a cualquier intento de reducción de sus posibilidades de ejercicio o disfrute”³⁹.

3° Lo anterior, no obsta a la intervención de los jueces que llamados a amparar un derecho constitucional deben resolver caso a caso sobre la base de la ley, cuya aplicación concreta ocasiona efectos negativos en otros derechos. Dicha actuación debe considerar los términos de la regulación legal y constitucional de los derechos en cuestión, aunque no siempre esto es un ejercicio simple de subsunción al caso, dada la generalidad o indeterminación de que adolecen las normas consti-

³⁷ ALEXY (2008), p. 71.

³⁸ CASAL (2010), p. 159.

³⁹ *Op. cit.*, p. 188.

tucionales. Por eso, y siendo necesario desplegar una compleja labor interpretativa, parece razonable que se procure en lo posible la máxima optimización de los derechos en conflicto sobre la base de una justa ponderación de cada uno de ellos. El juez tendrá presente, por tanto, las particularidades de la situación fáctica, el rango constitucional de los bienes enfrentados y el principio de igualdad y no discriminación arbitraria. En consecuencia, y según sea el caso, a los derechos constitucionales del trabajador cabe oponer los derechos constitucionales del empleador, de otro modo no habrá ponderación.

Dichas afirmaciones, me parece, están en la base de la crítica que inicialmente generó el establecimiento del procedimiento de tutela laboral de derechos. Los profesores Juan Carlos Ferrada y Rodolfo Walter sostuvieron que, al contrario de lo afirmado por la doctrina mayoritaria, el amparo de los derechos fundamentales a que diese lugar este procedimiento, se produciría no por oposición de los derechos fundamentales del trabajador y del empleador,

“sino como controversia específica entre las facultades del empleador y los derechos fundamentales de los trabajadores. En ese sentido la controversia no se resolvería por la ponderación entre dos derechos fundamentales, sino como un análisis más complejo de las reglas específicas que regulan estas facultades y derechos en nuestro ordenamiento jurídico”⁴⁰.

A mi juicio, aun cuando el *Código del Trabajo* pudiere ser deficitario en cuanto al reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales del empleador, es posible una interpretación de sus disposiciones conforme con la Constitución, que desvincule la idea de la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador que sugiere la redacción de las normas legales. Los autores Patricio Mella y Álvaro Domínguez, amparados precisamente en los principios de vinculación directa y eficacia horizontal de la Constitución, afirman:

“sus disposiciones resultan vinculantes no solo para los poderes públicos sino también ellas pueden ser invocadas por los particulares (empresario y trabajador) para solicitar su protección frente al juez que corresponda”⁴¹.

Dicha interpretación, agrego, se sustenta en el propio texto de la Constitución, que en su artículo 19 reconoce sin excepción una amplia titularidad de los derechos enunciados a partir de la voz ‘personas’, sin distinción alguna⁴².

⁴⁰ FERRADA y Walter (2011), p. 2.

⁴¹ MELLA y DOMÍNGUEZ (2012), p. 3.

⁴² Precisamente fue el objetivo de la Comisión Ortúzar al cambiar la expresión ‘habitantes’ contenida en la Constitución de 1925 (artículo 10).

A la luz de lo anterior, a continuación analizaremos concretamente cuatro de las situaciones previstas en el *Código del Trabajo* en las que se regula la transmisión de informaciones y opiniones durante la negociación, a la luz de la libertad de expresión que cabe reconocerle al empleador.

Primero, vimos recientemente que el *Código* consagra en forma expresa el derecho de los sindicatos a contar con la información indispensable para preparar el proyecto con que darán inicio al proceso de negociación. Tal como señalé anteriormente, la reforma laboral de 2016 significó un reforzamiento del derecho a la información de las organizaciones sindicales. En efecto, como explica el profesor Pedro Irureta, la práctica había dejado en evidencia una serie de problemas y críticas acerca de la no entrega de información relativa a los montos remuneracionales de los asociados o a la falta de instancia de diálogo en que los trabajadores pudieran conocer la marcha regular de la empresa. Es por eso que con la reforma se distingue la obligación periódica que tiene el empleador de aquella que se da con ocasión de la negociación colectiva⁴³.

“De este modo, se resolvía uno de los objetivos que el proyecto se había trazado en orden a que existieran mecanismos concretos que favorecieran el diálogo al interior de la empresa procesando el conflicto laboral en instancias anteriores a la propia negociación”⁴⁴.

Para cumplir con el derecho de información en el proceso de negociación colectiva, se establece la obligación del empleador de entregar la información específica y necesaria, diferenciando para estos efectos el tamaño de la empresa⁴⁵. El *Código* establece un plazo de entrega, una vez requerido por las organizaciones sindicales, fijando un mínimo indispensable que deberá ser satisfecho. Recordemos que el incumplimiento de la obligación de suministrar la información, tanto en su oportunidad como en su autenticidad, es constitutivo de una práctica desleal.

Si la legislación fija un mínimo, se entiende que el empleador no está impedido, en el ejercicio de su libertad de información, de hacer llegar otros datos o informaciones, solicitadas o no, en tanto sean veraces y pertinentes, aunque deberá excluir aquellas que considere de carácter confidencial o reservada, por ejemplo, las relativas a datos privados de los propios trabajadores (artículo 154 bis), o que pueda estar amparado legalmente con el secreto o la reserva. Cabe precisar que lo anterior no obsta a que dicha información

⁴³ IRURETA (2017), p. 90.

⁴⁴ *Op. cit.*, p. 91.

⁴⁵ El artículo 316, pertinente, distingue entre dos tipos, las grandes y medianas empresas, y las micro y pequeñas

secreta o reservada pueda ser transferida voluntariamente para los efectos de la negociación. Ello se deduce de la infracción constitutiva de práctica desleal que sanciona a los trabajadores o a las organizaciones sindicales por haber difundido información entregada por el empleador con dicho carácter.

Segundo, el empleador se encuentra obligado a dar respuesta a la presentación del proyecto y si no lo hace está sujeto a ciertas sanciones, incluida multas y la aceptación tácita de este. El *Código* establece que el empleador deberá dar respuesta a todas las cláusulas propuestas en el proyecto. En este ámbito, se exige al empleador que su respuesta contemple un piso mínimo asociado a las condiciones contractuales que los trabajadores tienen al momento de negociar (requisito sustantivo de la respuesta)⁴⁶. Además, señala que el empleador podrá explicar los fundamentos y contenidos de su proposición, acompañando los antecedentes que la sustenten (facultativo)⁴⁷.

Si bien no lo dice expresamente, pero dado que la norma del artículo 336 fija un contenido mínimo de la respuesta (“a lo menos”), se entiende que el empleador podrá expresar libremente su opinión acerca del mérito, exactitudes o inexactitudes del proyecto presentado por el sindicato, y, en fin, podrá valorar la conveniencia u oportunidad de cada una de las proposiciones del mismo. Me parece que aquí el legislador permite un amplio campo para el ejercicio de la libertad, por considerarla un principio indispensable a los objetivos de la negociación. No obstante, hay que precisar que el empleador en ningún caso podrá expresar opinión alguna que constituya una injerencia que pueda afectar la libertad para negociar. Es posible inferir aquello dada la figura de las prácticas desleales. El artículo 403 del *Código*, dispone que serán constitutivas de prácticas desleales del empleador las acciones que entorpezca la negociación colectiva y sus procedimientos, y añade que especialmente le ejecución de acciones que impliquen la vulneración del principio de buena fe que afecte el normal desarrollo de la misma (letra a) o el ejercicio de fuerza moral en las personas (letras g). Analizadas todas las disposiciones aplicables, y dada la amplitud del tipo constitutivo de la práctica desleal es dable preguntarse hasta qué punto realmente el empleador podrá expresar libremente su opinión sobre el proyecto propuesto por los trabajadores sin que sea constitutivo de tal práctica, ¿podría en ese sentido el empleador hacer alusión a las consecuencias económicas negativas que en la empresa podría acarrear dicha proposición sin que ello no sea constitutivo de una amenaza o presión para la comisión negociadora?

Tercero, sobre la base de los dos proyectos presentados se dará inicio a las conversaciones. Durante este periodo tanto los trabajadores represen-

⁴⁶ DÍAZ (2017), p. 25.

⁴⁷ *Ibid.*

tados por la Comisión negociadora como el empleador podrán desplegar un dialogo sincero, abierto, y de buena fe con el objeto de propender al acuerdo, debiendo en todo caso excluir aquellas expresiones injuriosas u ofensivas que resultan innecesarias y minan la confianza entre las partes. Por lo tanto, en este ámbito cabe reconocer la libertad de expresión tanto para los representantes sindicales como para el empleador, en términos amplios. Esta conclusión, me parece, concuerda con lo afirmado por la profesora Patricia Fuenzalida, para quien la reforma laboral de 2016 suprimió ciertas formalidades innecesarias, permitiendo que sean las propias partes quienes se reúnan y definan el curso de la negociación. De acuerdo con la autora, aquello es reflejo de la voluntad de dotar a la negociación de mayor flexibilidad, a fin de brindar un mayor espacio de autonomía para las partes^{48, 49}. Sin perjuicio de lo anterior, el ejercicio abusivo de este derecho dará lugar a las responsabilidades penales que correspondan, tal como lo dispone expresamente el *Código* (artículo 406, inciso final), aunque la presentación de querrelas por injurias o calumnias no resultan del todo conveniente para el progreso de las negociaciones y, por el contrario, torna el ambiente aún más odioso, además de mermar las relaciones laborales en general una vez concluido el proceso. Del mismo modo, la libertad de expresión del empleador podrá ser sancionada en tanto sea constitutiva de una práctica desleal si las opiniones proferidas infunden temor o presión a juicio de la otra parte, o que impliquen una vulneración del principio de buena fe que afecte el normal desenvolvimiento de la negociación. La misma objeción planteada en el punto anterior se puede dirigir en este caso.

Cuarto, finalmente analizaremos la situación relacionada con ciertas comunicaciones que el empleador deberá dirigir a todos los trabajadores involucrados antes o durante la huelga. Se trata de aquellos casos en que debe dar a conocer su última oferta o nueva oferta, con el objetivo de que los trabajadores puedan votar si deciden ir huelga o bien si deciden su mantención.

La legislación laboral señala que el empleador podrá informar por escrito su última oferta (o su nueva oferta)⁵⁰ a todos los trabajadores involucrados en la negociación (inciso final, artículo 346). Las expresiones “informar”

⁴⁸ FUENZALIDA (2017), p. 73.

⁴⁹ También encontramos dentro de la doctrina una posición contraria. Para el profesor Pablo Arellano, no se han alcanzado los objetivos perseguido por la Reforma Laboral de 2016, de fortalecer la libertad sindical y sus tres pilares, la negociación colectiva, los sindicatos y la huelga. A su juicio, hay un desequilibrio en la relación laboral, que se expresa entre otros, en una excesiva reglamentación del procedimiento de negociación colectiva reglada. Véase ARELLANO (2017), p. 301.

⁵⁰ De conformidad con el artículo 356 del *Código del Trabajo*, iniciada la huelga podrá presentarse una nueva oferta con las mismas formalidades y publicidad del artículo 346.

y “última oferta”, no necesariamente acotan el cumplimiento a la entrega de una propuesta formal de contrato colectivo, pues a falta de una última oferta podrá tenerse por tal, la respuesta del empleador. Recordemos que el empleador al momento de dar respuesta al proyecto de convenio presentado por la comisión negociadora deberá contestar todas las cláusulas propuestas por la Comisión y podrá incluir un proyecto propio, explicando sus fundamentos y contenidos, además de su opinión acerca de las proposiciones de los trabajadores. Se advierte, por tanto, diferencias entre estas dos instancias, y es dable afirmar que la restricción es más amplia e intensa en esta etapa en que los trabajadores deberán pronunciarse sobre si aprueban la huelga o su mantención, pero siendo el concepto de última oferta plurívoco podría acarrear problemas, por ejemplo, ¿podrá los antecedentes explicativos y justificativos del proyecto mismo, ser constitutivo de una práctica desleal?

La Dirección del Trabajo sostiene que las modificaciones incorporadas por la ley n.º 20940, relativas a las prácticas antisindicales y desleales, constituyeron un avance en el diseño formal de la normativa destinado a objetivar la configuración de la conducta ilícita, lo que se observa claramente en el cambio de la forma verbal que denotaba referencia al sujeto (“el que obstaculice”) por un verbo que se centra en la acción (‘obstaculizar’). Entiende, entonces,

“que lo relevante para la norma tutelar es la acción y su resultado lesivo al derecho fundamental, por sobre la exigencia de intencionalidad o ánimo deliberado de dañarlo”⁵¹.

A ello se agrega que las nuevas disposiciones, además, han enfatizado el carácter meramente ejemplar de las prácticas enunciadas, lo que en palabras de la Dirección, obliga a sostener que no corresponde descartar la condición de lesiva de una conducta por la sola circunstancia de no estar enmarcada estrictamente en los literales⁵².

Lamentablemente, nos encontramos entonces nuevamente en un ámbito de la negociación, con que cualquiera conducta en principio podría quedar subsumida en el amplio tipo descrito en el *Código*.

Es importante, finalmente, recordar lo dicho con ocasión del análisis constitucional de esta libertad, no hay libertad de expresión allí donde solo se autoriza, o se puede informar respecto de hechos objetivos, prohibiendo comentarlos. Sería una afectación al núcleo esencial de derecho y podría constituir una verdadera censura, cuestión prohibida por el texto constitu-

⁵¹ Dictamen N° 999-27, cit. (n. 9), p. 2.

⁵² *Ibid.*

cional. Tenemos claro, en todo caso que la limitación también está dada por la no injerencia.

Es importante destacar que en Chile existe una escasa o casi nula jurisprudencia laboral en la materia. No obstante, se ha resuelto, por ejemplo, que las expresiones o declaraciones descalificatorias efectuadas por los ejecutivos de la empresa durante el proceso de negociación colectiva son atribuidas a la empresa aun cuando ellas se realizan través de medios privados (como Facebook)⁵³ y, por ende, son constitutivas de práctica desleal.

V. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y PRÁCTICAS DESLEALES DEL EMPLEADOR. CASO DE INVOCACIÓN DE LA HUELGA COMO INJERENCIA

Resulta particularmente interesante para el presente trabajo y reflexión, la sentencia recaída en el procedimiento por denuncia de prácticas desleales en la negociación colectiva, rol 52-2012, del Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago.

Si bien la causa se encuentra bajo la vigencia de las normas antiguas (antes de la reforma de 2016), su análisis en nada se ve alterado por las disposiciones actuales. Muy por el contrario, es un ejemplo, acotado si, de que la tutela de derechos en sede laboral puede llegar a contradecir la lógica de los derechos fundamentales, su amplia eficacia, la proporcionalidad de las limitaciones y su aplicación restrictiva, la necesaria ponderación y la vinculación directa de las normas constitucionales.

En este caso, el tribunal resolvió que las publicaciones efectuadas por la empleadora acerca de la última oferta, en lugares visibles, además de un afiche pequeño entregado por mano, habían lesionado la libertad sindical, provocando un injustificado temor en los trabajadores que se encontraban negociando colectivamente. De acuerdo con este fallo, dicha infracción se configuró porque en el contenido de la publicación se señalaba que los trabajadores debían votar sea manifestando su aceptación a la última oferta de la empresa o bien su rechazo, agregando a continuación la frase “lo que significa optar por la huelga”.

Para llegar a tal conclusión, el juez de la causa tuvo presente principalmente que la obligación prevista en el artículo 372 (hoy 346) del *Código* solo puede cumplirse de la manera como está estipulada, atendida a

⁵³ Sentencia de reemplazo de la Corte de Apelaciones, de 9 de julio de 2012, al acoger el recurso de nulidad en contra de la sentencia del Primer Juzgado laboral de Santiago, en la causa Rit S-79-2011, por prácticas desleales contra Starbucks Coffee Chile S.A.

la naturaleza colectiva de la negociación y su carácter reglado. Funda esta afirmación en el hecho de que la negociación constituye un ámbito en que precisamente los trabajadores están representados por su organización sindical, luego, siendo esta la única ocasión en que se dirige a los trabajadores involucrados sin intermediario, se quiere evitar que aproveche la ocasión para influir indebidamente. Por su parte, al ser un procedimiento reglado, de tipo reglamentario o interventor, reduce el papel de los actores sociales, cuya acción colectiva queda restringida al ámbito que el Estado conceda, delegue o atribuya⁵⁴. Tuvo presente, además, que se ha infringido la libertad colectiva de actuación sindical, uno de los atributos más importantes de la libertad sindical que les permite a los sindicatos actuar, decidir y representar en forma adecuada los intereses de los trabajadores, sin injerencia de ninguna especie⁵⁵. Concluye que no le corresponde al empleador realizar un juicio que de acuerdo con la regulación es de los trabajadores, y añade que la referencia a la “huelga” no corresponde en forma y oportunidad, y que esta infundió temor en los trabajadores, impidiendo el normal desarrollo de la negociación al influir en el ánimo de los trabajadores *ad portas* de la votación⁵⁶.

Llama la atención la premisa dada por el sentenciador sobre que no es atendible alegar una restricción constitucional a la libertad de expresión, fundada en que lo que está en juego es el derecho fundamental de la libertad sindical⁵⁷. Se infiere por este que, siendo la restricción una norma de regla, no admite el método de la ponderación de derechos. Pero lo particular de esta negativa es que igualmente el juez debió discernir, así lo hizo, si las expresiones proferidas en relación con la huelga constituían una opinión o una información, con lo que no es posible sostener que no tuvo en consideración el ejercicio de la libertad de expresión del empleador. Las razones para rechazar dicha libertad del empleador me parece son evidencia de la convicción generalizada que restringe la doctrina de la eficacia horizontal de los derechos en el sentido que solo se ha consagrado, efectiva y exclusivamente, a favor del trabajador, lo que a mi juicio, no resulta razonable.

Si reconocemos que en el proceso de negociación resulta indispensable la comunicación y diálogo entre las partes para acercar posiciones y llegar acuerdos, no parece justificado que el juez debe negar absolutamente al empleador el ejercicio de sus libertades fundamentales de información y opinión, aunque, reiteramos, que cabe admitirla con carácter limitado por la

⁵⁴ Sentencia causa Rit S-52-2012, del Segundo Juzgado Laboral del Trabajo de Santiago, de 25 de octubre de 2012, considerando cuarto.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Op. cit.*, considerando quinto, letras a, f y j.

⁵⁷ *Op. cit.*, considerando cuarto.

entendible lógica garantizadora del *Código*. Ello exige un ejercicio de ponderación, en el que no solo cabe contraponer a los derechos fundamentales del trabajador el ejercicio de facultades legales propias del poder de dirección del empleador.

No hay duda que estamos frente a un proceso de carácter infraccional, aunque se siga el procedimiento de la tutela. Pero atendidas las fuertes restricciones legales derivadas de un proceso reglado (cuasi reglamentario) –no obstante las reformas de 2016– y la amplia discrecionalidad entregada al juez para resolver si las conductas caen dentro del tipo abierto previsto en el *Código*, este tiene que aplicar las normas legales bajos controles estrictos que impidan la arbitrariedad.

El juez, además, debiera exigir un mayor estándar de prueba que permita acreditar no solo que los hechos denunciados sean ciertos, serios, y graves, sino que exista un relación causal entre las opiniones o informaciones difundidas por el empleador y el fracaso en la votación de la huelga por los trabajadores y en el proceso negociador en sí mismo, o sea, un resultado más allá de las apreciaciones subjetivas de los posibles afectados. Por lo demás, el artículo 485 del *Código del Trabajo* reconoce expresamente la proporcionalidad como criterio de ponderación para resolver una posible lesión a los derechos.

Ante tal perspectiva de análisis, resulta dudoso considerar que la alusión a la huelga pueda infundir temor, teniendo en cuenta que tal consecuencia se encuentra dentro del campo de posibilidades que el mismo ordenamiento previene.

Salvador del Rey Guanter, reconoce que hay dos corrientes doctrinales frente a la complejidad de las cuestiones que pueden surgir durante el periodo de elecciones sindicales ante la posibilidad que los empresarios puedan emitir opiniones favorables o adversas a las candidaturas y que estas puedan dar lugar a conductas antisindicales. Está aquella que sobre la base de la realidad de las relaciones laborales y la supremacía y trascendencia de los poderes del empresario respecto de los trabajadores, niega toda posibilidad al empleador de opinar y afirma que el solo hecho de emitirla está por sí destinada a ejercer una influencia prácticamente coactiva sobre los trabajadores. En el otro extremo, existe aquella postura que niega relevancia antisindical a las manifestaciones del empresario bajo la idea de que para configurar una conducta antisindical se requiere comportamientos obstaculizadores, es decir, hechos y no palabras⁵⁸. Este autor se manifiesta preferentemente por la primera, aunque con matices. Dicha doctrina es atendible dado que la regu-

⁵⁸ DEL REY (2001), p. 15.

lación del ejercicio de la libertad de expresión así como las prácticas antisindicales a que dé lugar una injerencia indebida, admiten una interpretación más estricta si tiene presente que al empleador no le cabe ningún papel, ni puede bajo ningún pretexto intervenir en la constitución de los sindicatos. En ese contexto, cualquiera expresión acerca de los candidatos constituirá, por regla general, una intervención en la esfera de la autonomía de la organización sindical. Sin embargo, tal argumentación no podría extenderse lisa y llanamente durante la negociación colectiva en que las partes necesitan y les es imprescindible la comunicación y el diálogo.

El fallo antes comentado nos permite concluir que en el contexto social, conflictual y regulatorio descrito en esta breve investigación, resulta muy difícil que la libertad de expresión del empleador pueda desplegarse legítimamente, sin que ella no sea constitutiva de una práctica desleal y, por tanto, no sea sancionada. Ante dicho panorama, el ejercicio de la libertad de expresión del empleador puede resultar fuertemente constreñido más allá de lo razonable o simplemente suprimido, contrariamente a la libertad de expresión que cabe reconocerles a los trabajadores, organizados colectivamente.

Por su parte, la libertad de expresión queda ampliamente reconocida a los miembros del sindicato, en especial el derecho a la información, después de la reforma, y además plenamente garantizada ante el empleador a través de la figura de las prácticas antisindicales y desleales y por el fuero de que gozan tanto los directivos, en general, como los trabajadores involucrados durante una negociación. No cabe duda, por cierto, que su contenido queda especialmente modulado en materia laboral, pues se instituye en un instrumento eficaz para el ejercicio de la libertad sindical y del derecho a la negociación colectiva⁵⁹.

En un espacio, entonces, donde las relaciones con el empleador suelen tener mayor equilibrio y horizontalidad, dicha libertad resulta indispensable a ambas partes a fin de asegurar un debate en que, animadas por la buena fe, alcancen una solución o acuerdo lo más justo posible.

La cuestión planteada en el presente trabajo, nos lleva a formular, en definitiva, objeciones a los términos de la legislación.

⁵⁹ En tal sentido véase la sentencia del Tribunal Constitucional Español de 6 de septiembre de 2018, en el recurso de amparo n.º 4422-2017. En este caso, se impugnó la sentencia que validó el despido disciplinario, fundado en que ciertas actuaciones de un directivo sindical excedieron el marco legítimo de su libertad de expresión. Para acoger el amparo, el Tribunal Constitucional precisó la necesidad de ponderar el derecho fundamental atendida las circunstancias concretas, esto es, un contexto de defensa de los intereses laborales (que habían sido lesionados), indispensable para el ejercicio del derecho a la libertad sindical. Luego la crítica, en tanto no vejatoria, no puede considerarse lesiva del prestigio de la empresa. Disponible en www.tribunalconstitucional.es/notasdeprensadocumentos/np_2018_080/2017-4422stc.pdf

A mi juicio, la descripción amplia de las acciones constitutivas de prácticas desleales deja un espacio que puede dar lugar a un exceso o desequilibrio evidente en perjuicio del derecho fundamental del empleador.

El Tribunal Constitucional ha entendido que la potestad sancionatoria, cualquiera sea ella (administrativa, penal, etc.), es una emanación del *ius puniendi* estatal. Esto lo lleva a concluir que, aunque con matices, debe aplicarse similar estatuto, configurado preminentemente por las garantías y principios del orden penal. Con parámetros incuestionables, afirma se debe respetar el principio de proporcionalidad⁶⁰.

Por otra parte, esta misma magistratura ha señalado que el principio de tipicidad, de aplicación no solo en el ámbito de los delitos penales, precisa una definición de la conducta que la ley considera reprochable para garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica, infundiendo con ello realidad a la idea de una ley previa y cierta⁶¹. Y en tal sentido, ha resuelto que son contrarias a la Constitución, las leyes penales blancas propias o abiertas, entre otras, aquellas en que la determinación de la conducta punible está entregada al criterio discrecional del juez⁶².

VI. CONCLUSIONES

El trabajo realizado por los jueces laborales en el ámbito de los derechos fundamentales del trabajador frente al ejercicio abusivo de las potestades directivas del empleador, constituye una contribución fundamental y decisiva en la disminución de la desigualdad existente en la relación contractual del trabajo, pero ello no puede significar un desequilibrio que ampare toda injusticia, incluida la del trabajador organizado. Cabe considerar que la presión, la fuerza o el ejercicio de una crítica desproporcionada por parte de los trabajadores, amparados en la organización de un colectivo, son conductas que suelen darse para la defensa de sus intereses.

El Tribunal Constitucional chileno reconoce que las organizaciones –y agregó, entre estas las empresas– en general tienen modos complejos de funcionamiento, en las que se requiere del esfuerzo de múltiples actores, bajo niveles y responsabilidades distintas, admitiendo que dentro de ellos pueden

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 1518-2010, considerando sexto y octavo. Disponible en www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1587

⁶¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 480-2006, considerando quinto. Disponible en www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=616

⁶² Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 1011-2007, considerando cuarto. Disponible en www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=999

haber derechos contrapuestos de los que son titulares sus miembros y, por lo mismo, requieren de una regulación legal⁶³.

En el contexto social, conflictual y regulatorio de las relaciones laborales, resulta muy difícil que la libertad de expresión del empleador pueda desplegarse legítimamente. Aun más, existe alta probabilidad que su ejercicio sea constitutivo de una práctica desleal y, por tanto, sea sancionada.

Se advierte que la vaguedad de las hipótesis legales establecidas en nuestra legislación laboral que hacen procedente la imposición de una sanción por infracción al principio de no injerencia, además, de las fuertes restricciones establecidas al ejercicio de la libertad de expresión, derivadas de un procedimiento tan reglado como el nuestro, dificultan drásticamente la búsqueda de una solución más justa.

Como sostiene Diego López Fernández, para que la negociación colectiva sea el espacio para una verdadera y efectiva deliberación entre los actores y cumpla con un papel relevante, se requiere fortalecer este procedimiento, cambiando esa visión desconfiada con que es tratada en nuestra legislación⁶⁴.

En efecto, la excesiva y detallada regulación en esta materia impide que las partes puedan libremente debatir.

Para que en el proceso de deliberación cuenten tanto las opiniones de los trabajadores como de los empleadores, la negociación colectiva debiera admitir un amplio campo para el acuerdo de las partes. En ese contexto, la libertad de expresión quedaría garantizada para ambas partes. Esto no significa que los empleadores realicen campañas antisindicales al estilo de Estados Unidos. Muy por el contrario, reconociendo un margen legítimo para su realización en armonía con otros derechos fundamentales de igual jerarquía y valor, la ley debe establecer límites razonables o proporcionados a esta libertad fundamental y garantía para la democracia, en tanto no signifiquen una interferencia en el ejercicio de la libertad sindical y la autonomía requerida para la eficacia del derecho de los trabajadores a negociar colectivamente.

Estas limitaciones deben interpretarse restrictivamente porque conllevan, a su vez, la protección del derecho de la contraparte empleador en un contexto de búsqueda de un acuerdo justo para todas las partes del proceso.

Sin perjuicio de los distintos regímenes aplicables en materia de libertad sindical y negociación colectiva, en otros países existen y se firman acuerdos de neutralidad, en que voluntariamente las partes se comprometen a presentar sus posturas de manera positiva y de buena fe. Y lo más intere-

⁶³ Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 2731-14, considerando trigésimo tercero. Disponible en www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_sentencia.php?id=3052

⁶⁴ LÓPEZ, (2009), p. 55.

sante, incluso “contienen procedimientos de resolución rápida de conflictos, lo que evita litigios largos en órganos y tribunales laborales”⁶⁵.

La legislación laboral, después de la reforma de 2016, con el reconocimiento del principio de la buena fe, así como también la incorporación de la mediación obligatoria durante la huelga además de la mediación voluntaria durante toda la negociación colectiva, podría contribuir a un mejor debate de ideas que elimine la descalificación y la ofensa. Asimismo, la reforma agregó como práctica antisindical del trabajador y de las organizaciones sindicales la figura del ejercicio abusivo o de mala fe de los derechos sindicales o fueros, lo que permitiría sancionar los excesos a su libertad de expresión, aunque dicho ilícito no ha sido previsto en el ámbito de la negociación colectiva. Claro que la formula amplia y genérica de estas conductas, permitiría considerarla también una práctica desleal.

Lo cierto, en definitiva, es que con el presente trabajo hemos querido evidenciar que la complejidad creciente de las relaciones humanas, con la consiguiente mayor intervención del Estado por la vía de la regulación, ha tornado difícil la operatividad de los derechos fundamentales, particularmente bajo la óptica de la vinculación directa de la Constitución y, en especial, cuando adquieren plena eficacia horizontal. Es la paradoja del Estado Constitucional.

Concluyo con las siguientes palabras, no sin antes reconocer que fueron guía para la reflexión:

“Ni el capital puede subsistir sin el trabajo, ni el trabajo sin el capital. El acuerdo engendra la belleza y el orden de las cosas; por el contrario, de la persistencia de la lucha tiene que derivarse necesariamente la confusión juntamente con un bárbaro salvajismo”⁶⁶

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert (2008): *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- ARELLANO ORTIZ, Pablo (2017): “Reforma laboral ley N° 20.940 bajo el prisma de la teoría de las relaciones laborales”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLIX (Valparaíso, primer semestre): pp. 285-306.
- BARRIOS, Nicolás (2003): *La eficacia horizontal de los derechos fundamentales en la relación laboral. Los derechos fundamentales del empleador*, memoria para optar al título profesional de abogado, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Disponible en www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2003/barrios

⁶⁵ CONFEDERACIÓN SINDICAL INTERNACIONAL (2013), p. 9.

⁶⁶ LEÓN XIII (1891): *Rerum Novarum*.

- CAAMAÑO, Eduardo (2006): “La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por la Dirección del Trabajo”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVII (Valparaíso, Semestre I): p. 19-44.
- CAAMAÑO, Eduardo y José Luis UGARTE CATALDO (2008): *Negociación colectiva y libertad sindical: Un enfoque crítico* (Santiago, Legal Publishing).
- CASAL, Jesús María (2010): *Los derechos fundamentales y sus restricciones* (Venezuela, Ediciones Legis).
- CEA, José Luis (2012): *Derecho constitucional chileno* (2ª ed., Santiago, Ediciones UC), tomo II.
- DEL REY, Salvador (2001): “La conducta antisindical del empresario”, en *La ley digital* 199/2001, España.
- DÍAZ MUÑOZ, Ana María (2017): “Nuevo sistema de negociación colectiva: Ley N° 20.940, grandes escollos interpretativos y desconexión normativa con algunos de los objetivos de la reforma legal”, en *Revista Actualidad Jurídica*, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, N° 35: pp. 9-56.
- FERRADA, Juan Carlos y Rodolfo WALTER (2011): “La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXIV, n.° 2: pp. 91-111.
- FUENTES PUELMA, Carlos y Carlos FUENTES MANRÍQUEZ (2013): “Nociones fundamentales sobre negociación colectiva y huelga, III parte”, en *Revista Laboral Chilena*, n.° 215.
- FUENZALIDA MARTÍNEZ, Patricia (2017): “Breves notas sobre la Ley N° 20.940, que moderniza el sistema de relaciones laborales”, en *Revista Actualidad Jurídica*, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, n.° 35: pp. 9-56.
- GAMONAL, Sergio (2009): “Procedimiento de tutela y eficacia diagonal de los Derechos Fundamentales”, en *Revista Laboral Chilena*, noviembre: pp. 72-76.
- GARCÍA PINO, Gonzalo y Pablo CONTRERAS VÁSQUEZ (2014): “Diccionario constitucional chileno”, en *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, N° 55.
- GERNIGON, Bernard *et al.* (2000): “Principios de la OIT sobre la Negociación Colectiva”, en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 119 n.° 1: pp. 37-59. Disponible en www.ilo.org/public/spanish/revue/download/pdf/gernigon.pdf
- IRURETA URIARTE, Pedro (2017): “El modelo de negociación colectiva tras la reforma laboral de 2016”, en *Actualidad Jurídica*, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, año XVIII, n.° 35: pp. 87-107.
- JIMÉNEZ ULLOA, Adriana (2010): *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (Colombia, Universidad de Externado de Colombia, Digiprint Editores EU).
- LÓPEZ, Diego (2009): “La Ineficacia del Derecho a negociar colectivamente en Chile”, en *Negociación colectiva en Chile. La debilidad de un derecho imprescindible*. Disponible en www.dt.gob.cl/portal/1629/articles-97510_recurso_1.pdf

- MARZI MUÑOZ, Daniela (2017): "Reforma a las relaciones sindicales en Chile, o sobre el legislador impasible", en *Anuario de Derecho Público*, n.º 1: pp. 335-354.
- MELLA, Patricio y Álvaro DOMÍNGUEZ (2012): "Conflicto de derechos constitucionales y juicio de tutela laboral en Chile: Estado doctrinal, legal y jurisprudencial", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXIX: pp. 177-219.
- NOGUEIRA, Humberto (2002): *El derecho a la libertad de opinión e información y sus límites: honra y vida privada* (Santiago de Chile, LexisNexis).
- NOGUEIRA, Humberto (2004): "Pautas para superar las tensiones entre los derechos a la libertad de opinión e información y los derechos a la honra y la vida privada", en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XVII: pp. 139-160.
- UGARTE CATALDO, José Luis (2017): "Negociación Colectiva, Huelga y Reforma: Una nueva cartografía", en *Anuario de Derecho Público*, Universidad Diego Portales: pp. 355-363.

CRIPTOMONEDAS: SU TRIBUTACIÓN, UN ANÁLISIS COMPARADO

CRYPTOCURRENCIES: TAXATION, A COMPARATIVE ANALYSIS

Matias Pascuali Tello.

RESUMEN: Este *paper* discute acerca de la figura de las criptomonedas, su naturaleza jurídica y su regulación tributaria en Chile y en las legislaciones más importantes.

PALABRAS CLAVE: Bitcoin - Criptomonedas - Tributación - Naturaleza Jurídica.

ABSTRACT: This paper discusses the concept of cryptocurrencies, the legal nature and tax regulation in Chile and in the most important legislations.

KEYWORDS: Bitcoin - Cryptocurrencies - Taxation - Legal Nature.

I.- INTRODUCCIÓN

El año 2008, un programador llamado Satoshi Nakamoto¹ envió un correo electrónico a un grupo de criptógrafos anunciando que había desarrollado un nuevo sistema de efectivo electrónico, totalmente *peer-to-peer*, sin la intervención de terceros. Dicho correo contenía un *abstract* en el cual explicaba el diseño y un *link* a un *paper* en que desarrollaba esta nueva idea.

Esta idea consistía básicamente en una red de pagos, con una divisa propia, que usaba un método de verificación que consistía en que los miembros podían validar todas las transacciones sin que fuera necesario concurrir a un lugar específico, sino que la información se replicaba en múltiples servidores.

¹ Satoshi Nakamoto es un alias, hasta el día de hoy no existe claridad respecto de quién fue el creador del Bitcoin.

Así nació la primera criptomoneda, el bitcoin², y el método de verificación diseñado es lo que hoy llamamos *Blockchain*.

Si bien el Bitcoin era un diseño sofisticado, no iba más allá que una entretención para los círculos de criptógrafos en que se movía Satoshi Nakamoto, sin embargo, en octubre de 2009 se produjo la primera transacción bitcoin / dólar, se vendieron 5 050 bitcoins a un precio de US\$ 5,02, es decir, una ratio US\$ 1 por 1,006 bitcoins, esta fue la primera transacción registrada de un bitcoin por moneda de curso legal, esto significó un punto sin retorno, el bitcoin ya no era un juego de un pequeño grupo de programadores, sino que era un bien de mercado con un precio.

Otro momento clave fue el 22 de mayo de 2010, se produjo la primera compra de un bien pagado con bitcoins, en ese momento se compraron dos pizzas que costaban US\$ 25, por ellas se pagaron 10000 bitcoins.

Desde ese momento esta criptomoneda ha crecido exponencialmente, tanto en usuarios como en operaciones, así el valor del bitcoin en noviembre de 2017 llegó a más de US\$ 7000.

Pero ¿cómo funciona el bitcoin? El bitcoin es una moneda digital descentralizada, es decir, no existe una persona o institución sustentando o controlando esta moneda, tampoco se encuentra sustentada en bienes físicos como metales preciosos, ¿cómo puede ser esto? Bitcoin no es más ni menos que un programa computacional que genera una moneda digital.

Se dice que es descentralizado, ya que es un programa de código abierto, esto significa que nadie es dueño, no hay un servidor central en el cual se encuentre alojado.

Este programa funciona sobre la base de una red de computadores corriendo el *software*, estos computadores se denominan nodos.

Sobre la base de esta red de computadores y servidores funciona el sistema que le da validez a esta moneda, que es el sistema de Blockchain, el cual, en simple, es un sistema descentralizado en el cual la información se replica en una infinidad de computadores y servidores, esto hace que la información sustentada en Blockchain sea prácticamente inviolable o mejor dicho inmodificable, ya que al estar replicada en innumerables servidores, si bien puede modificarse en uno o en dos, siempre se va a encontrar la información en los otros servidores.

II.- ANÁLISIS DEL BITCOIN Y SU NATURALEZA JURÍDICA

En este capítulo nos hacemos la pregunta de cómo se encuentra regulado el bitcoin, principalmente en el ámbito de la actividad de intercambio o *Exchange*, es decir, la actividad de compra y venta de bitcoins, tomando en

² Cuando hablamos de Bitcoin con mayúscula nos referimos al programa, cuando hablamos de bitcoin con minúscula nos referimos a la criptomoneda.

consideración distintas leyes. Sabemos que el bitcoin es una criptomoneda, pero ¿qué reglas le son aplicables?

Para contestar esto debemos analizar qué es y qué no es el bitcoin, es decir, cuál es su naturaleza jurídica.

1) En cuanto al decreto ley n.º 1175 del año 1.975 que sustituye la unidad monetaria en Chile

El señalado decreto, dispone en su articulado que la unidad monetaria chilena será exclusivamente el peso y, conforme a lo cual, será el único medio liberatorio para la extinción de obligaciones en dinero y de cualquiera otra actuación pública o privada que implique el empleo de dinero; de esta manera, todos los actos, contratos y documentos que se extiendan, deben emplear como moneda el peso chileno³.

Atendido a lo expuesto, dentro del territorio nacional no existe otra moneda que el peso, de manera que ni el bitcoin ni ninguna otra unidad monetaria, sea virtual o física, nacional o extranjera, tiene ese carácter y no le aplica ninguna norma que se refiera a operaciones en moneda chilena.

2) En cuanto a la Constitución Política de la República de Chile del año 1980

En conformidad a nuestra carta fundamental, es materia de ley todas aquellas que se refieran al tipo de moneda de uso en Chile, su valor y denominación, sin perjuicio de que el Presidente de la República pueda ser mandado para normar esta materia mediante decretos con fuerza de ley⁴. Conforme a ello, solo el Congreso Nacional o el Presidente de la República pueden darle al bitcoin, o a cualquier otra criptomoneda, el carácter de moneda chilena. De ocurrir esta modificación, toda actividad *Exchanger*, asociada a la compraventa de bitcoins, se sujetará a la legislación que regula las obligaciones en esta unidad monetaria o en su equivalente y, particularmente, le aplicará toda disposición relativa al intercambio entre monedas nacionales y extranjeras, según se verá más adelante en este informe.

3) En cuanto a la ley orgánica constitucional del Banco Central de Chile, Ley n.º 18840 de 1989

Esta institución tiene por objetivo velar por la estabilidad de la moneda y el normal funcionamiento de los pagos internos y externos. Para cumplir con

³ Decreto ley n.º 1175 de 1975, artículos 1 y 4.

⁴ Constitución Política de la República de Chile de 1980, artículo 63.

su mandato, puede dictar normas en materia monetaria, crediticia, financiera y de cambios internacionales, todas reunidas en el *Compendio de normas del Banco Central*. De esta manera, el Banco Central, en adelante e indistintamente el “Banco”, está facultado, entre otras cosas, para normar las operaciones de cambio internacionales⁵.

a) El bitcoin como “moneda chilena” o “divisa”

En virtud al ámbito de acción que detenta el Banco Central y atendido que el peso es la unidad monetaria vigente y de circulación obligatoria en el sistema financiero nacional, en el evento que se modificara la ley que ordena al peso como la única moneda nacional y se dispusiera que las criptomonedas también son moneda chilena, su compra y venta constituiría una operación de cambio internacional, por lo cual, el Banco podrá dictar toda clase de normas, lineamientos y políticas de orden monetario destinadas a garantizar el funcionamiento eficiente y seguro de los sistemas financieros chilenos.

La normativa de cambios internacionales dispone que toda persona podrá efectuar libremente operaciones de cambios internacionales, entendiéndose por tal las compras y ventas de moneda extranjera, aunque no importen traslado de fondos o giros de Chile al exterior o viceversa^{6,7}. Así las cosas, si en la actualidad el bitcoin fuese moneda nacional, los cambios internacionales de bitcoins a moneda extranjera podrían hacerse válidamente por cualquier persona, natural o jurídica, tanto en el mercado formal como informal, ya que la operación no se encuentra sujeta a restricción alguna⁸, sin embargo, y según se indicó, el Banco Central podría innovar en la materia y disponer que la compra y venta solo se efectúe en el mercado formal^{9,10}.

⁵ Ley Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile, artículo 3.

⁶ Banco Central de Chile, *Compendio de normas de cambios internacionales*, capítulo 1.

⁷ Ley Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile, artículo 39.

⁸ Banco Central de Chile, *Compendio de normas de cambios internacionales*, capítulos II y III.

⁹ Ley Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile, artículo 42 números 2 y 5. “Artículo 42.- El Banco podrá disponer, mediante acuerdo fundado, adoptado por la mayoría del total de los miembros del Consejo, que las siguientes operaciones se realicen, exclusivamente, en el Mercado Cambiario Formal: 2.- El retorno al país y liquidación, a moneda nacional, de las divisas provenientes de exportaciones de servicios, saldos líquidos de fletes, comisiones que se devenguen con ocasión de actividades de comercio exterior y de indemnizaciones por concepto de seguros u otras causas y, en general, de pagos devengados en el extranjero a que tengan derecho personas o entidades residentes en Chile, dentro de los plazos que determine el Banco.

5.- La liquidación, en forma total o parcial, a moneda nacional, de las divisas percibidas, a cualquier título, por personas residentes en Chile, con ocasión de actos u operaciones realizados dentro o fuera del país”.

¹⁰ Ley Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile, artículo 40, conforme al cual está integrado por los bancos y otras entidades autorizadas.

De la misma manera como ocurre con el peso, si el bitcoin es declarado una divisa, también constituiría una operación de cambio internacional. La ley en la materia dispone que son moneda extranjera o divisa, los billetes o monedas de países extranjeros, cualquiera que sea su denominación o características, y cualquier otro documento en que conste una obligación pagadera en dicha moneda¹¹. De acuerdo con lo señalado, si un país extranjero declarase al bitcoin como una “moneda”, o si se modificara la ley nacional y se declarase a la criptomoneda como divisa, le aplicará a su compra y venta toda ley que se refiera al cambio internacional y el señalado Banco podrá regular toda operación de compra y venta, en los mismos términos que se han señalado para el Peso.

En materia de derecho comparado, es posible afirmar que hasta el momento no hay legislación alguna que haya reconocido al bitcoin, o a alguno de sus afines, como una moneda o divisa, pero es de anticipar que no pasará mucho tiempo antes de que ello se torne una realidad. Por lo pronto, se encuentra la jurisprudencia correspondiente a la sentencia dictada en el caso criminal “U.S. v/s Murgio *et al.*”, por la Corte de Estados Unidos, distrito sur de New York, caso número 15-cr-00769¹², que resuelve que entre los negocios comprendidos en el concepto de “money services business”¹³, se encuentra la compraventa de bitcoins, declarando expresamente que, a juicio del sentenciador, la referida criptomoneda es “dinero”.

b) El bitcoin como una “forma de pago”

Otra manera de regular el bitcoin es concebirla como una “forma de pago”. Atendido a que el derecho de la Unión Europea no ha regulado la naturaleza jurídica del bitcoin, el año 2.015 el Ministerio de Hacienda español resolvió la materia mediante la consulta vinculante V-1029-15, indicando que el bitcoin es un “medio de pago”, tomando, a su vez, como referencia la sentencia dictada por la Quinta Sala del Tribunal de la Unión Europea en la causa “Granton Advertising e Inspecteur van de Belastingdienst Haaglanden/kantoor Den Haag”¹⁴, mediante la cual precisó que son instrumentos de pago los que permiten la transferencia de dinero, por lo cual, concluye Hacienda,

¹¹ Ley General de Bancos, decreto con fuerza de ley número 3 de 1997, artículos 39.

¹² U.S. District Court, Southern District of New York, case “U.S. v Murgio *et al.*” número 15-cr-00769 del 19 de septiembre de 2016.

¹³ Se refiere, en general, a la actividad de una persona que ofrece cambiar una moneda por otra. Internal Revenue Service Web Site. www.irs.gov/businesses/small-businesses-self-employed/money-services-business-msb-information-center

¹⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia de la Quinta Sala de fecha 12 de junio de 2014.

las monedas virtuales bitcoin constituyen un medio de pago y por sus propias características deben entenderse incluidas dentro del concepto “otros efectos comerciales”. En el mismo sentido se pronuncia nuevamente el tribunal, ahora en el caso “Skatteverket y David Hedqvist”¹⁵, donde sostiene que el bitcoin es una divisa no tradicional, es decir, distinta a las monedas que son medios legales de pago en uno o varios países, donde los actos y contratos celebrados en torno a él constituyen operaciones financieras siempre y cuando las partes la hayan aceptado como medio de pago alternativo.

Más alejada de la realidad nacional, pero igual de válida, es la nueva legislación japonesa, la llamada Ley de Servicios de Pago, que desde el 1 de abril de 2017 define las monedas digitales como valores similares a los activos que se pueden utilizar en la realización de pagos y se pueden transferir digitalmente.

De acuerdo con la ley nacional vigente, el “pago” es un modo de extinguir las obligaciones contraídas por las partes de un contrato¹⁶. Considerando que nuestra legislación no contempla el carácter jurídico de la criptomoneda, es posible que, para esos efectos, se empleen criterios extranjeros y principalmente españoles, habida consideración a la marcada influencia que ejerce este derecho sobre el chileno. Por ello, si mediante el uso de sus facultades el Banco reconoce a la criptomoneda como un sistema de pago establecido por leyes extranjeras o se le ordena como un mecanismo de pago reconocido por la ley chilena, todas las operaciones que se realicen en torno a él, incluida, por tanto, la de *Exchanger*, estarán sujetas a las normas que regulen la extinción de obligaciones mediante este mecanismo, potestad del Banco Central, quien podrá disponer restricciones en torno a su uso.

4) En cuanto al decreto con fuerza de ley número 3 de 1997, que fija el texto de la Ley General de Bancos, de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y de los demás textos legales que se refieren a bancos y sociedades financieras u otras empresas fiscalizadas por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras

a) La compra y venta de bitcoins como parte del giro bancario

En virtud de esta ley, si la actividad de compra y venta de criptomonedas significara el ejercicio del giro bancario exclusivo, ella sería ilícita, ya que este se encuentra limitado exclusivamente a los bancos y sujeto al control

¹⁵ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia de la Quinta Sala del 22 de octubre de 2015.

¹⁶ Decreto con fuerza de ley número 1 que fija el texto refundido y sistematizado del Código Civil chileno, de 2000, artículo 1568. “El pago efectivo es la prestación de lo que se debe”.

de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras. Corresponde, por tanto, analizar si la compra y venta señalada coincide con la referida actividad bancaria.

El giro que exclusivamente desarrollan los bancos consiste en las actividades que se indican a continuación¹⁷, sin perjuicio que el Banco Central pueda autorizar a otras instituciones para que también lo desarrollen.

- La captación o recepción en forma habitual dinero del público, ya sea en depósito, mutuo o en cualquiera otra forma, con el objeto de darlos en préstamo, descontar documentos, realizar inversiones, proceder a la intermediación financiera, hacer rentar estos dineros y, en general, realizar toda otra operación que la ley le permita.
- La correduría de dinero o de créditos representados por valores mobiliarios o efectos de comercio, o cualquier otro título de crédito.

De conformidad a lo señalado, a las normas impartidas por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras¹⁸ y a la circular conjunta de dicha Superintendencia junto a la de Valores y Seguros¹⁹, el ejercicio de la actividad llamada *Exchanger*, no constituye, al día de hoy, una que corresponda al giro bancario. Sin perjuicio de ello, hay quienes han observado la posibilidad de que las operaciones en bitcoins constituyan una actividad de “captación”, la que a continuación se pasa a analizar.

El concepto “captación” tiene en la legislación vigente una acepción amplia, de manera que cubre todas las operaciones que involucran recibir dinero del público, sea como depósito, mutuo, participación, cesión o transferencia de efectos de comercio o en cualquiera otra forma. Para que el *Exchanger* fuese considerado parte del giro bancario, se haría necesario una modificación a la Ley de Bancos en ese sentido, o que la Superintendencia del ramo efectuara una interpretación extensiva de lo que se entiende por dicho giro, incluyendo en él la compra y venta de la criptomoneda.

A la fecha, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras no ha emitido pronunciamiento alguno en términos de establecer si la compra y venta de bitcoins u otros de similar naturaleza, constituye o no captación de dinero. De ser así y en el evento de que la autoridad concluyese que la referida compraventa forma parte del negocio bancario exclusivo, la actividad sujeta al presente informe sería ilegítima.

¹⁷ Ley General de Bancos, decreto con fuerza de ley número 3 de 1997, artículos 39 y 40.

¹⁸ Recopilación actualizada de normas. Capítulo 2-1. Captaciones e Intermediación.

¹⁹ Circular conjunta de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y de Seguros y Valores sobre Giro Bancario, Correduría de Dinero o Créditos y Títulos de Valores.

b) La compra y venta de bitcoins como una operación con instrumentos financieros

Interesa ahora analizar si las criptomonedas constituyen “instrumentos financieros”, regidos por esta misma ley, así como por las normas especiales dictadas para cada uno de ellos y sujetos al control de la señalada Superintendencia.

De acuerdo con la legislación vigente, un instrumento financiero es cualquier título, derecho, acto, contrato, factura, producto o moneda extranjera, negociables en mercados nacionales o extranjeros, con exclusión de la moneda nacional²⁰.

Haciendo un análisis detallado, es posible establecer que la criptomoneda no participa de las características de los instrumentos financieros que detalla la norma, por lo cual no se rige por la normativa correspondiente, sin perjuicio de lo cual es importante recordar que, tal como se analizó, actualmente el bitcoin no es una moneda nacional ni tampoco una divisa, por cuanto no es un instrumento financiero y no se rige por la ley del ramo salvo interpretación extensiva de la autoridad acerca del concepto “instrumento financiero”, o expresa modificación de la aludida ley n.º 20345 en torno a declarar la criptomoneda un “instrumento financiero”.

5) *En cuanto a la Ley Mercado de Valores, ley n.º 18045 de 1981*

La normativa del mercado de valores aplica a todas las operaciones de oferta pública de valores o las que se realizan mediante corredores y agentes de valores. La Superintendencia de Valores y Seguros es el órgano llamado a fiscalizar su cumplimiento respecto de las personas e instituciones que participan en dichos mercados, para lo cual, entre otros aspectos, puede interpretar administrativamente las leyes, reglamentos y disposiciones de su competencia²¹.

Conforme a lo señalado, a fin de determinar si esta ley aplica a la operación de compra y venta de bitcoins, se hace necesario determinar si la criptomoneda obedece al concepto de “valor”.

La legislación vigente y la jurisprudencia de la Superintendencia, describe a los “valores” como cualquier instrumento que representa un crédito o inversión y que se caracteriza por ser transferible; tal es caso de las acciones, bonos, *debentures*, cuotas de fondo mutuo, efectos de comercio y, en general, todo título de crédito o inversión. De esta forma, lo que distingue un “valor” de otro instrumento financiero es su naturaleza intrínseca que se deriva de

²⁰ Ley n.º 20345, sobre sistemas de compensación y liquidación de instrumentos financieros, de 2009.

²¹ Ley Mercado de Valores, ley n.º 18045 de 1981, artículos 1 y 2.

una relación jurídica entre un acreedor y un deudor o entre un inversionista y los derechos sobre el rendimiento de un capital^{22, 23}.

De la definición es posible constatar que el bitcoin no es un “valor” por diversas razones, entre las que destaca, el no ser un instrumento, ya que no es un documento, sino que un intangible, el no suponer la existencia de una deuda y una acreencia y el no obedecer a ninguno de los títulos de valores que la ley dispone.

En cuanto a la posibilidad de que la Superintendencia de Valores y Seguros efectúe una interpretación extensiva acerca de lo que se entiende como valor, parece ser poco probable puesto que ha sostenido que, si bien los “valores” son un instrumento financiero, ellos son limitados²⁴. A lo anterior se suma la jurisprudencia emitida por la Contraloría General de la República, que ha dispuesto que las monedas extranjeras o divisas no son valores, criterio que se apoya no solo en los pronunciamientos de la Superintendencia, sino que, también, en el informe de la Subsecretaría General de la Presidencia que manifiesta latamente su parecer sobre la materia, señalando que las divisas o monedas extranjeras deben descartarse dentro del concepto de “valores”²⁵.

En conclusión, la transacción de la criptomoneda no se rige por la ñe del ramo, salvo que la Superintendencia vaya contra su propia interpretación legal o se modifique la ley en comento, incluyéndolos expresamente en la acepción de “valores”.

III.- TRIBUTACIÓN DEL BITCOIN EN CHILE

Cómo ya analizamos, en el ámbito regulatorio no es claro la normativa aplicable a las transacciones en bitcoins, sin embargo, estas son una realidad y se producen día a día.

Es por este motivo que independiente de la naturaleza jurídica y de su regulación es necesario determina cuál es el régimen tributario aplicable.

En la ley tributaria chilena no se hace referencia ni se regula de ninguna manera el mercado de las criptomonedas, sin embargo, con fecha 14 de mayo de 2018, el Servicio de Impuestos Internos dicto el oficio 963 /2018.

En dicho oficio el SII define en términos generales al bitcoin de la siguiente forma

²² Ley Mercado de Valores, ley n.º 18045 de 1981, artículo 3.

²³ Superintendencia de Valores y Seguros, Oficios ordinarios números 987 de 2006 y 9100 de 2015.

²⁴ Superintendencia de Valores y Seguros, Oficio ordinario n.º 3502 de 2017.

²⁵ Contraloría General de la República, Dictamen 7634 de 2017.

“el bitcoin es un activo digital o virtual, soportado en un registro digital único denominado blockchain, desregulado, desintermediado y no controlado por un emisor central, cuyo precio está determinado por la oferta y la demanda”.

Además, señala que las criptomonedas no se consideran monedas de curso legal ni como monedas extranjeras o divisas.

Luego analiza al bitcoin en relación con el Impuesto a la Renta y en relación con el Impuesto al Valor Agregado.

En relación con el Impuesto a la Renta, identifica las rentas obtenidas de la actividad de *exchange* de bitcoins calificándolas dentro del artículo 20 número 5 de la Ley de la Renta, debiendo afectarse con los impuestos generales de dicha ley, es decir, Impuesto de Primera Categoría, Impuesto Global Complementario o Impuesto Adicional según corresponda.

Esto debido al concepto amplio de renta que se establece en el artículo 2²⁶ y, además, en relación con que no son ingresos no renta de los establecidos en el artículo 17.

Por lo tanto los incrementos patrimoniales que provengan de la compra o venta de bitcoins serán gravados con Impuesto a la Renta.

Ahora, en relación con el Impuesto al Valor Agregado, se señala que os bitcoins, al igual que cualquier otro activo digital o virtual carece de corporalidad, por lo tanto, y teniendo en consideración la definición del hecho gravado “venta” en el artículo de la Ley del IVA, el cual requiere que esta venta recaiga sobre bienes corporales, la venta de bitcoins no se encuentra afecta a IVA.

IV.- TRATAMIENTO TRIBUTARIO DE LAS CRIPTOMONEDAS EN DIFERENTES LEGISLACIONES

1) *Estados Unidos*

El IRS, la autoridad tributaria de Estados Unidos, emitió la “notice 2014-21” referida al tratamiento tributario que debe darse a los bitcoins y otras criptomonedas.

El IRS ha tomado la posición que la criptomonedas, para efectos tributarios, deben ser tratadas como *property*²⁷, sin embargo, señala que las mo-

²⁶ “Renta”, son los ingresos que constituyan utilidades o beneficios que rinda una cosa o actividad y todos los beneficios, utilidades e incrementos de patrimonio que se perciban, devenguen o atribuyan, cualquiera que sea su naturaleza, origen o denominación.

²⁷ Al hablar de *property* podemos traducirla al español como bienes, sin embargo, el IRS la define como *property* en contraposición a *currency* o en español divisas

nedas virtuales pueden ser usadas para pagar bienes y servicios o ser mantenidas como inversión.

Previo a definir las normas aplicables señala que las monedas virtuales que tienen un valor equivalente en monedas “reales” se denomina “monedas virtuales convertibles” y que el bitcoin es un ejemplo de moneda virtual convertible.

Luego señalan que, en general, la venta o intercambio de monedas virtuales convertibles o el uso de monedas virtuales convertibles para pagar bienes o servicio en una transacción económica en el mundo real tiene consecuencias que pueden derivar en una obligación tributaria.

Luego señala ciertos principios tributarios generales que le son aplicables a estas monedas virtuales convertibles, entre los más importantes están:

- Cómo ya señalamos, para efectos tributarios, deben considerarse *property*.
- Luego, estas monedas virtuales no deben considerarse como monedas de curso legal o monedas extranjeras y, por lo tanto, a las transacciones en bitcoins no se les aplican las reglas a transacciones en moneda extranjera.
- Luego establecen que un contribuyente que recibe bitcoins como medio de pago por bienes o servicios debe incluirlas dentro de sus ingresos brutos, y deberá registrarlas al valor de mercado equivalente en dólares al momento de su recepción.
- Respecto de la persona que hace minería de bitcoins, es decir, aquella persona que a través de ciertas operaciones matemáticas general nuevas monedas, se establece que si generan una utilidad y deben registrarlos a su valor económico al momento de recibirlos.

2) Reino Unido

En el Reino Unido el tópico de la tributación de las rentas generadas a partir de operaciones efectuadas con o mediante bitcoins no ha sido regulada por ley, sin embargo, con fecha 3 de marzo de 2014 se dictó por parte del HRMC²⁸ un *Policy Paper* denominado “Revenue and Customs Brief 9 (2014): Bitcoin and Other Cryptocurrencies”.

Dicho *Policy Paper* se dictó con la finalidad de establecer la posición del HRMC respecto del tratamiento tributario de la renta recibida, los pagos hechos en relación con actividades que involucren Bitcoins y otras criptomonedas similares, específicamente en relación con el VAT (equivalente al

²⁸ Her Majesty’s Revenue and Costumes, la autoridad tributaria en el Reino Unido.

IVA), Corporation Tax (impuesto corporativo), Income Tax (Impuesto a la Renta) y Capital Gains Tax (impuesto a las ganancias de capital).

El ámbito subjetivo de esta normativa se refiere a cualquier persona que cobre o reciba ingresos de actividades relacionadas con bitcoins, especialmente: Mineros de bitcoins, comerciantes en bitcoins, aquellos dedicados a la compraventa de bitcoins, procesadores de pagos en bitcoins y otros proveedores de servicios relacionados con bitcoins.

Luego al establecer los antecedentes de las operaciones reguladas, la autoridad tributaria define al Bitcoin como la primera moneda digital descentralizada, además señalan que el nacimiento de estas criptomonedas es un hecho que se está desarrollando día a día y que la determinación de su estatus legal y regulatorio es algo aún en desarrollo, sin embargo, aclaran que las criptomonedas tienen una identidad única que no puede compararse con ningún otro tipo de inversión o mecanismo de pago, finalmente establecen que el Bitcoin puede usarse como una forma de inversión o como medio de pago por bienes y servicios.

Tratamiento tributario del bitcoin en UK:

a) En relación al VAT establece lo siguiente,

- Ingresos recibidos de actividades de minería de bitcoins se encuentran fuera del alcance del VAT, ya que dichas actividades no se encuentran gravadas.
- Cuando los bitcoins son cambiados por libras esterlinas u otras monedas extranjeras como dólares o euros, no se grava con VAT en el valor de la criptomoneda.
- Sin embargo, cuando se reciban bitcoins como medio de pago por bienes o servicios, se generará VAT, en relación con el valor de mercado del bitcoin al momento de la operación.

b) En relación al Corporation Tax, Income Tax y Capital Gains Tax

Parten de la base que el análisis si una operación con bitcoins será gravada con estos impuestos dependerá de la actividad misma y de las partes involucradas.

Si señala que en principio y dependiendo de los hechos una operación altamente especulativa no será gravada ni se permitirá deducción de gastos, esto es lógico y utilizan el mismo principio que usa el sistema tributario británico en relación con los juegos de azar, es decir, las rentas provenientes de juego de azar no se encuentran gravadas con impuestos, ni los dineros invertidos en dichos juegos puede usarse como gasto de producir una renta.

En relación con el Corporation Tax, las utilidades o pérdidas producidas en operaciones de compra y venta de bitcoins son tributables y no existen reglas especiales.

En relación con el Income Tax, las rentas y pérdidas producidas en operaciones de intercambio también deben registrarse según reglas generales.

Respecto del Capital Gains tax, las ganancias de capital por inversiones en bitcoins serán gravadas en relación con la diferencia entre el valor económico de la compra con el valor económico de la venta.

V. CONCLUSIONES

El surgimiento del bitcoin ha producido una revolución económica y tributaria, esto, ya que al no existir regulaciones legales las autoridades tributarias deben ajustar las nuevas realidades a situaciones ya existentes, sin embargo, creemos que esto deberá cambiar en los próximos años, y los gobiernos deberán regular estos temas, ya que en los próximos años las operaciones en criptomonedas van a aumentar y si no se regulan tributariamente las administraciones van perder posibilidades de recaudar.

EVOLUCIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL
DEL TIPO COLUSIVO
EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA
EN CHILE

EVOLUTION AND CURRENT SITUATION
OF THE COLUMBIAN TYPE
IN THE RIGHT OF COMPETITION IN CHILE

*Gabriel Budnik Ojeda**

RESUMEN: El presente trabajo aborda el desarrollo evolutivo del tipo colusivo en el derecho de la competencia en Chile. En la primera parte se revisan las particularidades de redacción de los distintos tipos legales, comenzando con la ley n.º 13305, de 1959 hasta la actual redacción del decreto ley n.º 211, establecida por la ley n.º 20945 de 2016. En la segunda parte se explica el alcance que, actualmente, tiene el tipo infraccional, en especial, en lo que tiene relación con la aplicación de la regla *per se* en Chile.

PALABRAS CLAVE: Colusión – Derecho de la competencia – Carteles duros.

ABSTRACT: The present work deals with the evolutionary development of the collusive type in the Law of Competition in Chile. In the first part, the drafting particularities of the different legal types are reviewed, starting with Law n.º 13305, from 1959 to the current drafting of Decree Law n.º 211, established by Law n.º 20945 of 2016. In the second part, the scope of the infraccional type is explained, especially in relation to the application of the *per se* rule in Chile.

KEYWORDS: Collusion - Competition Law - *Hardcore Cartels*

* Abogado asociado en Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría. Licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las conductas más comentadas en derecho de la competencia es el ilícito de colusión. En tal sentido, la doctrina y jurisprudencia de *antitrust* lo han caracterizado como el “cáncer de la economía de mercado”^{1,2} o, bien, como “el mal supremo del Derecho de la Competencia”³.

Si bien existe un consenso generalizado en torno a que la colusión implica un acuerdo anticompetitivo entre competidores, para el análisis nacional de este ilícito, resulta fundamental preguntarse, ¿qué entiende el decreto ley n.º 211 (“DL 211”) por colusión?

En los siguientes párrafos se tratará de dar respuesta a esta pregunta, analizando los siguientes temas:

- i) evolución histórica de la normativa chilena del derecho de la competencia y
- ii) análisis sustantivo del actual artículo 3º, letra a) del DL 211.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA NORMATIVA CHILENA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA⁴

a) Ley n.º 13305, de 1959

Con base en la *Sherman Act* de Estados Unidos, la primera regulación del derecho de la competencia chileno, se encuentra en el título v de la ley n.º 13305, de 1959, el cual se refería a las “normas para fomentar la libre competencia industrial y comercial”. Entre otros ilícitos, la colusión se encontraba regulada en el artículo 173º, el cual disponía:

“Artículo 173º: Todo acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país, sea mediante convenios de fijación de precios o repartos de cuotas de producción, transporte o de distribución, o de zonas de mercado; sea mediante acuerdos, negociaciones o asociaciones para obtener reducciones o paralizaciones de producción; sea mediante la distribución exclusiva, hecha por una sola persona o sociedad, de varios

¹ MONTI (2000).

² IRARRÁZABAL (2017).

³ Verizon v. Trinko, 540 U.S. 398 (2004).

⁴ Con base en la exposición de Andrés Rioseco. Conferencia organizada por el Centro de Regulación de Competencia de la Universidad de Chile: Desarrollos recientes y tendencias en derecho de la competencia. Panel de carteles y prácticas concertadas. 4 de abril de 2018.

productores del mismo artículo específico, o por medio de cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar la libre competencia, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados y con multa de uno por ciento al diez por ciento del capital en giro de los autores (...).”

Como se puede apreciar, la norma recién citada contemplaba sanciones penales y una multa relacionada con el porcentaje de las ventas de los infractores.

b) Decreto ley n.º 211, de 1973

Recién en 1973, Chile incorporó una normativa especial para la defensa de la libre competencia, en lo que tiene relación con los carteles, se puede apreciar que el otrora artículo 173º no sufrió modificaciones sustantivas, sino meramente formales, separándose el mismo en dos artículos, el primero genérico y el segundo específico para los ilícitos anticompetitivos.

En tal sentido, en lo que importa al ilícito de la colusión, el texto original del DL 211 señalaba:

“Artículo segundo: Para los efectos previstos en el artículo anterior se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que tienden a impedir la libre competencia, los siguientes:

- a) Los que se refieran a la producción, tales como el reparto de cuotas, reducciones o paralizaciones de ellas;
- b) Los que se refieran al transporte;
- c) Los que se refieran al comercio o distribución, sea mayorista o al detalle, tales como el reparto de cuotas o la asignación de zonas de mercado o de distribución exclusiva, por una sola persona o entidad, de un mismo artículo de varios productores;
- d) Los que se refieran a la determinación de los precios de bienes y servicios, como acuerdos o imposición de los mismos a otros, y
- e) En general, cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia”.

c) Ley n.º 19.911, de 2003

Si bien el artículo 3º del DL 211, modificado por la ley n.º 19911, mantuvo la estructura tipo general-especial del texto anterior, es importante destacar que:

- i) se eliminó la cláusula general de criminalización y
- ii) en este texto legal es la primera vez que se establece una tipificación única y concreta para la colusión (letra a) del citado artículo). Sin

perjuicio de lo anterior, no obstante que para efectos teóricos resultaba útil esta separación, en la práctica, no tenía efectos concretos, toda vez que no existía ninguna norma que se aplicara exclusivamente a este tipo de ilícitos.

El referido precepto legal establecía:

“*Artículo 3°:* (...) Se considerarán, entre otros hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes:

a) Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran”.

Durante la vigencia de esta modificación, la jurisprudencia identificó como requisitos del ilícito de colusión, los siguientes⁵:

- i) que efectivamente exista un acuerdo entre competidores;
- ii) que dicho acuerdo verse sobre algún elemento sustancial de competencia;
- iii) que este acuerdo dote a los miembros de poder de mercado y
- iv) que los miembros del acuerdo abusen realmente o pudieran abusar de dicho poder de mercado potencialmente⁶.

d) Ley n.º 20351, de 2009

La nueva redacción de la letra a) del artículo 3° del DL 211, a la luz de la modificación incorporada por la ley n.º 20351, importó un gran paso en la persecución y sanción de los carteles. En tal sentido, entre otros cambios, la ley en comento incorporó las siguientes modificaciones:

- i) se modifica “agentes económicos” por “competidores”, con la finalidad que no queden dudas respecto de que la colusión importa una relación horizontal;

⁵ JUPPET (2015), p. 297.

⁶ Al respecto, para salvar la redacción legal, la jurisprudencia indica que no se debe probar el abuso, sino que basta una aptitud objetiva para producir un resultado contrario a la libre competencia. En tal sentido, sentencia de la Excelentísima Corte Suprema respecto de recurso de reclamación rol N°5937-08 contra sentencia 74-2008, “FNE contra AM Patagonia y otros”; sentencia 116-2011, de causa rol C-217-11, “FNE contra Sociedad Agrícola Comercial y Ganadera Palo Santo Limitada y otros” y sentencia 112-2011, de causa rol C 194-09, “FNE contra Corporación de Radio Valparaíso Limitada”.

- ii) incluye el *boicot* (*i.e.*, exclusión de competidores) y la afectación de resultado de licitaciones como un tipo de colusión y
- iii) elimina la referencia al abuso.

El referido precepto legal señalaba:

“Artículo 3°: (...) Se considerarán, entre otros hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

- a) Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación”.

Lo anterior es relevante, toda vez que de la mano de esta modificación legal, por primera vez en el derecho de la competencia chileno se incluyen facultades investigativas intrusivas y consecuencias punitivas sustantivas a propósito del ilícito de la colusión (*i.e.*, mayores multas, plazo de prescripción, delación compensada y facultades intrusivas de la Fiscalía Nacional Económica).

Durante la vigencia de esta modificación, la jurisprudencia identificó como requisitos del ilícito de la colusión, los siguientes⁷:

- i) que exista efectivamente un acuerdo entre competidores;
- ii) que el acuerdo verse sobre algún elemento sustancial de la competencia y
- iii) que este acuerdo dote a los miembros de poder de mercado.

e) Ley n.º 20945, de 2016

El texto actualmente vigente del DL 211, tras las modificaciones incorporadas por la ley n.º 20945, incorpora importantes novedades, siendo, posiblemente, las más relevantes:

- i) la incorporación de ilícitos *per se* para carteles duros⁸ y
- ii) la criminalización de la colusión.

Al efecto, es relevante tener en consideración lo dispuesto en el artículo 3º, letra a) (relativo al tipo infraccional) y en el artículo 62º del DL 211 (relativo al tipo penal), a saber:

⁷ JUPPET (2015), p. 297.

⁸ Véase siguiente sección.

“Artículo 3°: (...) Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

a) Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores”.

“Artículo 62°: El que celebre u ordene celebrar, ejecute u organice un acuerdo que involucre a dos o más competidores entre sí, para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo (...)”.

En cuanto al ilícito infraccional, vale la pena destacar como relevantes los siguientes cambios:

- i) se elimina cualquier referencia a acuerdos tácitos⁹;
- ii) se reemplaza acuerdo entre competidores, por acuerdos que involucren a competidores, considerando la hipótesis de colusión *hub and spoke*¹⁰ y
- iii) se elimina la exigencia de poder de mercado para carteles duros¹¹, incorporando la denominada regla *per se*.

Asimismo, y siguiendo la misma línea de la ley precedente, las consecuencias sustantivas e investigativas derivadas del ilícito de la colusión se mantuvieron, a saber: la prescripción, las facultades intrusivas, la prohibición de contratar con el Estado y la delación compensada.

Respecto a la criminalización de los carteles duros, es relevante tomar en consideración que su tipificación como delito presenta las siguientes particularidades:

⁹ Toda vez que se entiende que es redundante.

¹⁰ De todos modos, antes sí se consideraba, pero podría haberse argumentado que no era aplicable.

¹¹ Mantiene exigencia de poder de mercado y, por lo tanto, un análisis de regla de la razón, sólo para exclusión de competidores y otras condiciones de comercialización.

- i) además de los cambios evidentes del tipo¹², las conductas tipificadas son, de cierto modo, distintas a las del ilícito infraccional¹³;
- ii) solo puede interponerse una querrela un vez que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia haya establecido por sentencia definitiva y ejecutoriada, la existencia del acuerdo y
- iii) exige un año de cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad (independiente de ser aplicables las penas sustitutivas contempladas en la ley n.º 18216)¹⁴.

III. ANÁLISIS SUSTANTIVO DEL ACTUAL ARTÍCULO 3º, LETRA A) DEL DL 211^{15, 16}

Teniendo en consideración su evolución, como ha sido expuesta *supra*, a continuación se analizará el ilícito infraccional de colusión a la luz de la actual redacción del artículo 3º, letra a) del DL 211.

a) *Relación género-especie*

En primer lugar, es importante enfatizar que existe una relación género especie entre el inciso primero y la letra a) del artículo 3º del DL 211. En tal sentido, debemos recordar que, el artículo 3º, inciso primero del DL 211 contempla aquel, en palabras de Frank Easterbrook, “cheque en blanco”¹⁷ que el legislador ha diseñado para todas aquellos hechos, actos o contratos que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia o que tiendan a producir dichos efectos, conteniendo los incisos posteriores ejemplos, no exhaustivos, de aquellos hechos, actos o contratos.

¹² Por ejemplo, artículo 62º se refiere a quien celebrar, ejecutar u organizar (ley no dispone otra forma de participación que la autoría) un acuerdo (no considera opción de práctica concertada); y se limita exclusivamente a las licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos u órganos públicos.

¹³ En tal sentido: limitar la producción v. limitar producción o provisión; y asignarse zonas o cuotas de mercado v. dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado.

¹⁴ Mismo criterio introducido por la denominada “Ley Emilia” (ley n.º 20770), la cual el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional.

¹⁵ Con base en la exposición de Juan Cristóbal Gumucio y Jorge Grunberg. Conferencia organizada por el Centro de Regulación de Competencia de la Universidad de Chile: Desarrollos recientes y tendencias en derecho de la competencia. panel de carteles y prácticas concertadas. 4 de abril de 2018.

¹⁶ El presente capítulo contiene abstractos de la tesis del autor. Para mayor información revisar: BUDNIK (2017).

¹⁷ “The Sherman Act –does not contain a program; it is a blank check”. EASTERBROOK (1986).

La letra a) del artículo 3° del DL 211 no es un ilícito en sí mismo y como tal, no puede ser entendido que importa una presunción de derecho. Muy por el contrario, se trata, en palabras de Antonio Bascuñán, de una “infracción monopólica calificada”¹⁸, que se relaciona y se entiende de la mano del inciso primero del comentado artículo y, en definitiva, del bien jurídico protegido por el derecho de la competencia.

Asumir algo distinto implicaría dotar a aquellos ejemplos del legislador, como es la letra a) del artículo 3° del DL 211, un sustento jurídico equivocado. En tal sentido, para que todos los ejemplos de los incisos segundos y siguientes del artículo 3° sean ilícitos, deben, necesariamente, impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o tender a producir dichos efectos, con independencia de si se trata de los tipos infraccionales *per se* o que se analizan bajo regla de la razón.

b) *Carteles duros*

En segundo lugar, se debe tener especial consideración respecto a qué conductas son aquellas que pueden ser declaradas ilícitas *per se* y cuáles deben someterse al análisis de la denominada regla de la razón. Para esto, resulta fundamental entender qué son los carteles duros y qué conductas se enmarcan como tal dentro del citado precepto legal.

Al respecto, se debe tener presente que en el derecho de la competencia es posible distinguir dos tipos de carteles, los carteles duros (*hardcore cartels*) y los carteles blandos (*softcore cartels*). Los *hardcore cartels* son acuerdos colusorios entre competidores que suelen clasificarse en cuatro categorías: fijación de precios, restricción de producción, repartos de mercado y manipulación de licitaciones. Estos acuerdos,

“representan la violación más grave y perniciosa del derecho de competencia; perjudican a los consumidores aumentando los precios y limitando la oferta, y acarrear poder de mercado, despilfarro e ineficacia en países cuyos mercados serían competitivos si los carteles no existieran”¹⁹

En otras palabras, los carteles duros constituyen “restricciones desnudas” (*naked restraints*) o “acuerdos colusorios desnudos” respecto de los cuales existe consenso en que los efectos derivados de estas conductas son anti-competitivos al punto que se ha optado por declarar su ilicitud incluso a riesgo de prohibir aquellos posibles y menores acuerdos que pudieran gene-

¹⁸ BASCUÑÁN (2016), p. 184.

¹⁹ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (2002).

rar efectos procompetitivos. Son “desnudas”, ya que no tienen defensa alguna bajo la libre competencia y por lo tanto no están “vestidas” de argumentos procompetitivos que justifiquen su existencia.

Los carteles duros solo tienen como fin u objeto restringir la competencia, afectando la eficiencia y el bienestar social. “Es tan probable que ciertos acuerdos sean anti-competitivos y tan improbable que sean pro-competitivos, que son condenados ‘per se’”²⁰. Estos acuerdos implican conductas que contienen graves restricciones a la competencia, que por sí mismas contravienen los principios más básicos del derecho de la competencia y, por ende, han de ser evitados y sancionados.

De este modo, mientras que aquellos acuerdos o prácticas concertadas que consistan

“en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación”²¹,

podrán ser declarados ilícitos *per se*,

“los acuerdos o prácticas concertadas que (...) consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores”²²,

erán sometidos al análisis de la regla de la razón.

c) Regla *per se*

La regla *per se*²³ es un estándar probatorio excepcional utilizado para analizar aquellas prácticas cuyos efectos son evidentemente anticompetitivos, esto es, los carteles duros. Ello, pues “sólo después de considerables experiencias con ciertas relaciones de negocios las Cortes pueden clasificarlas como violaciones *per se*”²⁴.

²⁰ [Traducción libre]: “... certain agreements are so likely to be anticompetitive, and so unlikely to have procompetitive effects, that they are condemned “per se”. ELHAUGE (2011), p. 50.

²¹ Artículo 3º, letra a) del DL 211.

²² *Ibid.*

²³ “*Per se*” se traduce del latín como “por sí”, esto es, por su propia naturaleza o substancia o lo que conviene a una cosa por sus principios intrínsecos. En todos los casos se opone a *per accidens* o “por accidente”. VALDÉS (2008). Nota al pie de página número 62, citando a MAGNAVACCA (2005), p. 513.

²⁴ [Traducción libre]: “It is only after considerable experience with certain business relationships that courts classify them as *per se* violations”. *Broadcast Music Inc. v. Columbia Broadcast System*, 441 U.S. 1 (1979). en ELHAUGE (2011), p. 58.

Por su parte, la regla de la razón es la regla general en que, para declarar la ilicitud de acuerdos entre competidores, exige un análisis comparativo y de ponderación detallado en torno a los efectos anticompetitivos y procompetitivos de los mismos.

Así las cosas, frente a ilícitos *per se*

“(…) basta con probar la existencia de una convención colusoria y algunos elementos constitutivos de la conducta reprochada para que se concluya necesariamente (…) su efecto vulnerador del bien jurídico de la libre competencia”²⁵.

Bajo esta regla, quien demanda debe probar la existencia de un acuerdo y si es que dicho acuerdo es de aquellos que han sido referidos como cartel duro, será declarado ilegal *per se*.

Lo anterior es aplicable a todo tipo de cartel duro, sin importar su incidencia. En efecto, nuestra legislación no contempla una regla *de minimis* que permita excluir casos de poca monta (*v.gr.*, un acuerdo entre dos kioscos para fijar el precio de un chocolate puede ser declarado *per se* ilegal).

Declarada la ilicitud *per se* de un acuerdo, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia deberá determinar la sanción para el mismo, la cual variará dependiendo de

“la gravedad de la conducta, el efecto disuasivo, la calidad de reincidente por haber sido condenado previamente por infracciones anticompetitivas durante los últimos diez años, la capacidad económica del infractor y la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación”²⁶,

manteniendo presente, como principio rector, la proporcionalidad de la sanción con el daño efectivo a la competencia, para evitar arbitrariedades en la sanción de carteles duros.

Al respecto, a nuestro juicio, no existe un abuso de discrecionalidad ni subjetividad al declarar de forma *per se* la ilegalidad de un cartel duro. Como se indicó precedentemente, la aplicación de esta regla opera en casos evidentes y concretos, los acuerdos colusorios desnudos, donde existe consenso que no existe justificación posible para sus efectos anti-competitivos, los cuales siempre ocurrirán.

La regla *per se* condena conductas sin necesidad probar poder de mercado, efectos anticompetitivos, u objetivo, y sin considerar pretensiones de

²⁵ VALDÉS (2008), p. 109.

²⁶ Artículo 26 letra c) decreto ley n.° 211.

objetivos legítimos que puedan esgrimir los agentes económicos involucrados (propio de la regla de la razón)²⁷. En efecto, se trata de la generalización de ciertos comportamientos como especialmente anticompetitivos, en cuanto amenazan o pueden amenazar el sistema nervioso central de la economía, no dando cabida a justificaciones económicas procompetitivas²⁸.

Lo anterior implica un reproche al acuerdo, aunque este no haya podido inferir un riesgo real para la competencia; he ahí la idea de sancionar una potencial amenaza. Sin un objetivo legítimo en juego, la sociedad no tiene nada que perder, sancionando de forma *per se* ciertas restricciones evidentemente anticompetitivas²⁹.

Como bien dice el profesor Phillip Areeda:

“los carteles que fijan precios son condenados de forma *per se*, ya que son tentadores para los empresarios y muy peligrosos para la sociedad. Los beneficios sociales concebibles son pocos en principio, pequeños en magnitud, especulativos en ocurrencia, y siempre bajo la premisa que la existencia de poder [monopólico], el cual probablemente será utilizado de forma negativa para el público. Más aún, tolerar el cartel implicará una continua carga de fiscalización, tema para el que las Cortes no son aptas. E incluso si el poder se establece, pese a no haber defensas, la litigación será compleja, la condena demorará, los que incurrieron en el [cartel] tendrán la esperanza de escapar, y una sanción criminal será menos justificada”³⁰.

Respecto de los acuerdos a los cuales es aplicable la regla *per se* (*i.e.*, carteles duros), mientras que una interpretación exegética, señalaría que, probada la existencia de un acuerdo, no existe defensa alguna que se pudiese esgrimir³¹, una interpretación más *ad hoc* con el bien jurídico protegido,

²⁷ AREEDA y HOVENKAMP (1995), p. 441.

²⁸ [Traducción libre] “they are all banned because of their actual or potential threat to the central nervous system of economy”. AREEDA y HOVENKAMP (1995), p. 443. Citando a: United States v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150 (1940).

²⁹ AREEDA y HOVENKAMP (1995).

³⁰ [Traducción libre]: “[hard-core] cartels are condemned *per se* because the conduct is tempting to businessmen but very dangerous to society. The conceivable social benefits are few in principle, small in magnitude, speculative in occurrence, and always premised on the existence of [monopoly] power which is likely to be exercised adversely to the public. Moreover, toleration implies a burden of continuous supervision for which the courts consider themselves ill-suited. And even if power is usually established, while any defenses are not, litigation will be complicated, condemnation delayed, would-be [collusive agents] encouraged to hope for escape, and criminal punishment less justified”. AREEDA y HOVENKAMP (1995), p. 445.

³¹ La única defensa posible sería negar la existencia del acuerdo o del tipo de acuerdo.

interpretaría la regla *per se* como una presunción simplemente legal, cuyo efecto es invertir la carga probatoria, debiendo los demandados acreditar que el acuerdo no tiene por objeto impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, o tender a producir dichos efectos (*v.gr.*, Broadcast Music v. Columbia Broadcasting System).

Considerar la regla *per se* como una presunción simplemente legal, permite garantizar el derecho de defensa de los demandados, sin eliminar la eficiencia y eficacia de la regla (prevención de conductas anticompetitivas³²; errores tipo I y tipo II³³; y ahorro en la utilización de los recursos administrativos³⁴).

De este modo, resulta razonable y conveniente adoptar un punto intermedio³⁵ que permita a los demandantes tener que evitar ahondar en una prueba sobre los efectos anticompetitivos de la conducta, pero a la vez habi-

³² Una prohibición categórica (*per se*) a determinadas conductas ayuda notablemente a los objetivos de cumplimiento por parte de los empresarios, pues tendrán certeza jurídica respecto a su ilegalidad. De este modo, la incorporación de herramientas eficaces para disuadir a potenciales agentes colusorios, dejan un mensaje claro en torno a la necesidad de actuar correctamente en materia de libre competencia. Es en este sentido que la regla *per se* resulta óptima para disuadir una práctica que casi siempre será dañina y rara vez justificable. AREEDA y HOVENKAMP (1995), p. 445.

³³ Como ya se introdujo, la regla *per se* es excepcional, y dada su restringida aplicación, el número de falsos positivos que produce es muy reducido, pues trata restricciones desnudas (*naked restraints*), que carecen de beneficios sociales justificantes del cartel. En otras palabras, la posibilidad de incurrir en errores tipo I (falso positivo) es demasiado baja, pues es improbable que existan razones procompetitivas justificantes del cartel, mientras que el riesgo asociado a los errores tipo II (falso negativo) es revelador: si el cartel es exitoso, el daño a la competencia será significativo. AREEDA y HOVENKAMP (1995), p. 443.

En caso de un error tipo I se prohíbe una conducta que es procompetitiva (*v.gr.*, castigar la mera interdependencia oligopolística), mientras que en el caso de un error tipo II se permite una conducta que en realidad es anticompetitiva (*v.gr.*, no sancionar un caso de colusión por falta de prueba). Al respecto, si bien es posible incurrir en errores a la hora de declarar *per se* ilegales ciertas conductas, el riesgo asociado a no declarar ilegal una conducta ilícita versus el riesgo asociado a declarar ilegal una conducta lícita, nos lleva a concluir que es deseable la aplicación de la regla *per se*.

³⁴ La sociedad no pierde ningún beneficio al condenar bajo la regla *per se* estas "restricciones desnudas" que carecen de cualquier argumento justificante para su actuar. AREEDA y HOVENKAMP (1981), p. 5.

De no existir esta regla, los jueces deberían realizar un análisis bajo la regla de la razón, con asistencia técnica de especialistas en econometría y de los rubros específicos que vulnera el acuerdo, utilizando dinero, tiempo y esfuerzo en probar, ya sea mediante prueba directa o indirecta, la existencia del cartel y de sus efectos anticompetitivos.

³⁵ Tal como se hizo en Estados Unidos con la quick look rule of reason y como lo permite el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea con las excepciones del artículo 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

lite a los demandados a demostrar que existe alguna razón que, a diferencia de otros casos, justifica la conducta (sea porque la conducta “etiquetada” como cartel duro, no es tal³⁶; o porque los efectos procompetitivos asociados a la conducta sopesan los efectos anticompetitivos³⁷).

IV. CONCLUSIÓN

Las modificaciones al DL 211, junto con la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y de la Corte Suprema, llegan al mismo reproche: la colusión es la conducta más dañina en contra del derecho de la competencia, afectando a los consumidores, a los pequeños competidores y erosionando las confianzas en nuestro sistema económico.

En relación con la regla *per se* invitamos a analizar con detención los próximos fallos del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y de la Corte Suprema, en especial en lo relacionado con la declaración de ilicitud; la carga probatoria y la admisibilidad de defensas. Estamos expectantes a ver la forma en que los tribunales aplicarán el tipo infraccional y el nuevo tipo penal.

BIBLIOGRAFÍA

- AREEDA, Phillip (1981): “The “Rule of Reason” in Antitrust Analysis: General Issues”, in *Federal Justice Center*. Disponible en www.fjc.gov/sites/default/files/materials/2017/Antitrust.pdf.
- AREEDA, Phillip & Herbert HOVENKAMP (1995): “The “Rule of Reason” and “Per Se” Rule - General Issues”, in *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and their Application* (3ª ed., New York, Aspen Publishers), vol. VII.
- BASCUÑÁN, Antonio (2016): *Estudios sobre la colusión* (Santiago, Thomson Reuters).
- BUDNIK, Gabriel (2017): *Regla per se y colusión: revisión crítica del derecho comparado y aplicación de la regla en el derecho chileno*. Tesis para optar al grado de licenciado, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- CONFERENCIA ORGANIZADA POR EL CENTRO DE REGULACIÓN DE COMPETENCIA DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE: Desarrollos recientes y tendencias en derecho de la competencia. panel de carteles y prácticas concertadas. 4 de abril de 2018.

³⁶ *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 441 U.S. 1, 8 (1979) (“easy labels do not always supply ready answers”).

³⁷ Como ocurre con restricciones accesorias a la competencia.

- EASTERBROOK, Frank (1986): "Workable Antitrust Policy", in *Michigan Law Review*, vol. 82: pp. 1696-1713.
- ELHAUGE, Einer (2011): *United States Antitrust Law and Economics* (2ª ed., New York, Foundation Press).
- IRARRÁZABAL, Felipe (2017): "FNE y sentencia del caso Tissue: es un espaldarazo a nuestra labor contra carteles", en *El Mercurio*, 29 de diciembre de 2017. Disponible en www.emol.com/noticias/Economia/2017/12/29/889238/FNE-y-sentencia-del-caso-Tissue-Es-un-espaldarazo-a-nuestra-labor-de-persecucion-de-carteles.html.
- JUPPET, María Fernanda (2015): "Colusión: un análisis jurisprudencial (Primera parte)", en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 32: pp. 283-315.
- MONTI, Mario (2000): "Cartels Why and How? Why should we be concerned with cartels and collusive behaviour?", in *Tercera Conferencia Nórdica sobre Política de Competencia*. Septiembre.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (2002): *Hard Core Cartels Harm and Effective Sanctions* (Paris, OECD Competition, Cartels and Anticompetitive Agreements. Disponible en www.oecd.org/competition/cartels/1935141.pdf.
- VALDÉS, Domingo (2008): "Tipicidad y Regla Per Se", en *Revista Anales Derecho UC: Temas de Libre Competencia*, vol. 4: pp. 81-123.

Jurisprudencia

- Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc., 441 U.S. 1, 8 (1979).
- Verizon v. Trinko, 540 U.S. 398 (2004).

ESTUDIOS Y ENSAYOS



Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

¿ES LA ‘DOCTRINA
DE LAS CONSTITUCIONES
INCONSTITUCIONALES’ UN INSTRUMENTO
ÚTIL PARA PRESERVAR LA DEMOCRACIA
EN CONTEXTOS DE FRAGILIDAD
INSTITUCIONAL?

IS THE ‘DOCTRINE
OF UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONS’
A USEFUL DEVICE FOR PRESERVING
DEMOCRACY IN CONTEXTS
OF INSTITUTIONAL FRAGILITY?

*Sergio Verdugo**

RESUMEN: Este ensayo distingue la doctrina de las constituciones inconstitucionales (DCI) de la doctrina de la reforma constitucional inconstitucional (DRCI). El autor profundiza la primera (que ha recibido menos atención en la literatura) y argumenta que, al igual que DRCI, la DCI también puede cumplir una función alternativa y contradictoria: Por un lado, puede ser útil para contribuir a fortalecer o preservar la competitividad del sistema político y, por otra parte, ella también puede servir para profundizar o justificar procesos de deterioro democrático (‘democratic backsliding’ o ‘democratic erosion’). Para evaluar el uso de la DCI, y entender si ella fortalece o deteriora el sistema democrático, debe prestarse atención a las circunstancias concretas del caso específico. Los ejemplos examinados en este ensayo, sugieren que un elemento relevante para lo anterior consiste en identificar si la DCI se ejerce en contra de los intereses de un gobierno incumbente, o si ella es utilizada a favor de las aspiraciones políticas del mismo. Este ensayo concluye argumentando que la DCI puede contribuir a preservar la competitividad del

* Profesor de Derecho Constitucional e investigador del Centro de Justicia Constitucional, Universidad del Desarrollo. Doctor en derecho, Universidad de Nueva York (NYU). Máster en derecho, Universidad de California, Berkeley. Magíster en derecho público, P. Universidad Católica de Chile. Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad del Desarrollo.

sistema democrático cuando dicha doctrina ataca un precepto específico de una constitución, y se dirige contra un gobierno incumbente. La DCI puede ser utilizada para garantizar la posibilidad de alternancia en el poder cuando se dirige contra el gobierno de turno, o para hacer más difícil la alternancia en el poder cuando ella favorece de los intereses de dicho gobierno.

PALABRAS CLAVE: Reformas constitucionales inconstitucionales - Constituciones inconstitucionales - Teoría constitucional - Cortes constitucionales - Control de constitucionalidad - Democracia constitucional.

ABSTRACT: This essay distinguishes the doctrine of unconstitutional constitutions from the doctrine of unconstitutional constitutional reform. The author explores the first one (which has received less attention in the literature) and argues that, like the unconstitutional doctrine of constitutional reform, the doctrine of unconstitutional constitutions can also fulfill an alternative and contradictory function: On the one hand, it can be useful to help strengthen or preserve the competitiveness of the political system and, on the other hand, it can also serve to deepen or justify processes of democratic erosion or democratic backsliding. If we want to evaluate the use of the unconstitutional constitutional doctrine from a democratic perspective, we need to understand the specific circumstances of the particular cases. The examples of this essay suggest that one relevant consideration for evaluating how useful the doctrine of unconstitutional constitution is for preserving democracy, is to identify whether that doctrine goes against the interests of the incumbent regime, or whether that doctrine favors the political aspirations of that regime's leaders. This essay concludes arguing that the doctrine of unconstitutional constitutions might contribute to preserve the competitiveness of the democratic system when that doctrine targets a specific constitutional rule, against the interests of the incumbent government. The doctrine could be used to guarantee the possibility of alternation in power when it targets the incumbent regime, or it could deteriorate the possibility of alternation in power when it favors the interests of such regime.

KEYWORDS: Unconstitutional Constitutional Amendments - Unconstitutional Constitutions - Constitutional Theory - Constitutional Courts - Judicial Review - Constitutional Democracy

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, varias cortes constitucionales han dictado sentencias declarando la inconstitucionalidad de reformas constitucionales utilizando razones sustantivas y no meramente procedimentales. Estas sentencias elaboran la denominada 'Doctrina de las Reformas Constitucionales Inconstitucionales' (DRCI). Un sector importante de la literatura ha celebrado la utilidad de la DRCI para preservar normas elementales de los sistemas democráticos al impedir modificaciones que dañan la posibilidad de alternancia en el poder político¹. En efecto, la DRCI tiene el potencial de dificultar o establecer costos adicionales a las actuales tendencias de deterioro, retroceso o erosión de la democracia. Como la literatura reciente ha denunciado con fuerza este tipo de procesos de regresión democrática², y la DRCI puede ayudar a combatir dichos procesos, la DRCI se ha popularizado entre los académicos. No obstante, algunas cortes constitucionales también han utilizado (o pueden utilizar) la DRCI para dictar sentencias que menoscaban la competitividad de los sistemas políticos. Ello es posible porque la DRCI puede servir para justificar la defensa de una norma constitucional que restringe la competitividad del sistema democrático. También, la DRCI puede servir para defender una interpretación del texto original de la constitución que menoscaba algún derecho relevante para asegurar las condiciones políticas que permitirán la alternancia en el poder y la celebración de elecciones periódicas y regulares. De esta forma, la DRCI puede ser útil tanto para fortalecer o preservar normas democráticas fundamentales, o también para acelerar o profundizar un proceso de deterioro de las instituciones democráticas. En consecuencia, desde una perspectiva puramente democrática, no debería defenderse la conveniencia de adoptar la DRCI sin antes entender el tipo de reforma que se persigue prevenir, la clase de norma constitucional que se intenta preservar, y el contexto político bajo el cual la discusión tiene lugar.

Estas reflexiones sobre la DRCI son conocidas en la literatura³. Un tipo de sentencia distinta, que ha recibido menos atención entre los autores, tiene relación con la posibilidad de que las cortes constitucionales dicten una sentencia que declare la inconstitucionalidad de una constitución, o de

¹ Véase, entre muchos otros, LANDAU (2013) y ROZNAI (2017b).

² Sobre *democratic backsliding*, véase, por ejemplo, la colección de trabajos publicados en el libro editado recientemente por GRABER, LEVINSON y TUSHNET (2018), y en el libro editado por SUNSTEIN (2018). También, véase LEVITSKY y WAY (2010); HUQ y GINSBURG (2018); GINSBURG y HUQ (2018) y RUNCIMAN (2018).

³ Véase, por ejemplo, la manera en que Rosalind Dixon y David Landau proponen que la DRCI sea entendida de una forma específica y limitada. DIXON y LANDAU (2015).

un precepto específico de la carta fundamental. Dichas sentencias forman parte de una doctrina que denomino 'Doctrina de la Norma Constitucional Inconstitucional' (DCI). El principal propósito de este ensayo es explorar esta doctrina, y entender sus implicancias normativas.

La poca literatura existente en torno a la DCI ha ofrecido algunas justificaciones democráticas para argumentar que ciertas constituciones son o pueden ser inconstitucionales⁴, ha explorado brevemente el caso de Honduras (sobre el que volveré más adelante)⁵, ha sostenido que se trata de un poder excepcional⁶, y parte de ella se focaliza en examinar el extraordinario caso de Sudáfrica⁷, donde la Corte correspondiente declaró que la recién aprobada carta sudafricana había violado la constitución interina y algunos principios fundamentales contenidos en ella. No obstante, el caso de Sudáfrica no forma parte de mi análisis porque, en dicho caso, existía una jerarquía evidente entre la constitución interina (fundante del proceso constituyente) y los actos regulados del proceso constituyente que le siguieron. La Corte tenía el mandato de defender la constitución interina de las posibles infracciones cometidas por los constituyentes⁸, por lo que el verdadero poder constituyente originario estaba en manos de quienes diseñaron la constitución interina, y no viceversa. De esta forma, cuando la Corte Sudafricana declaró la existencia de infracciones a la constitución interina, no estaba desafiando al poder constituyente, sino que defendiéndolo. La DCI supone, a diferencia del caso sudafricano, que la Corte desafíe a quien posea el poder constituyente.

La diferencia entre la DRCI y la DCI, es que el precepto atacado por la corte constitucional no está contenido en un proyecto modificadorio del texto constitucional, sino que en el mismo texto constitucional. El texto no es, entonces, una manifestación de la potestad constituyente derivada, ejercida por los poderes constituidos, sino que es parte de una manifestación de la potestad constituyente originaria: el poder original para dictar la constitución. Aunque es poco probable que una corte constitucional declare la inconstitucionalidad de una norma contenida en la constitución original, ello ha ocurrido, como se verá en las secciones siguientes. Estas sentencias se pueden justificar utilizando distintos argumentos, desde la falta de legitimidad del texto constitucional, una interpretación que hace prevalecer un tipo

⁴ Véase SCHEPPELE (2013) y ALBERT (2017).

⁵ DIXON, LANDAU y ROZNAI (2018a); ZÚÑIGA y CÁRCAMO (2015).

⁶ BARBER y VERMEULE (2016).

⁷ La literatura sobre el caso de la corte sudafricana y la decisión acerca de la certificación del proceso constituyente, es muy extensa para ser citada acá. Véase, por ejemplo, KLUG (2000); ISSACHAROFF (2015), pp. 166-88; ARATO (2017), pp. 233-256.

⁸ He explicado este punto con más detalle en VERDUGO (2017), p. 45.

específico de normas constitucionales sobre otras o alguna concepción que distinga un orden normativo superior al incluido en el texto positivo de la constitución, como podrían ser los derechos esenciales, alguna concepción del derecho internacional, del derecho natural o algún otro orden normativo que se estime como especialmente valioso. Estos argumentos son distintos entre sí, y cada uno tiene implicancias que deben diferenciarse. No obstante, todos ellos pueden servir para justificar una sentencia que utiliza la DCI, y desafía la autoridad de quien dictó la constitución.

Este ensayo tiene dos objetivos. El primero, es teorizar acerca de la DCI, distinguiendo sus principales características y explorando sus diferencias con la DRCI. Este objetivo es valioso en sí mismo, ya que existe muy poca literatura al respecto. El segundo objetivo es argumentar que, al igual que en la DRCI, la DCI puede ser utilizada tanto para fortalecer o preservar normas democráticas elementales como para menoscabarlas o profundizar procesos de deterioro democrático. Para hacer plausible este argumento, utilizaré algunos ejemplos que ilustran la manera en que la DCI puede servir ambos propósitos: la sentencia del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, de 2017, que eliminó los límites a la reelección⁹, y la sentencia de la Corte Constitucional del Tribunal Constitucional chileno, del año 1985, que exigió la implementación del Tribunal Calificador de Elecciones antes del plebiscito de 1988¹⁰. Mientras el ejemplo de Bolivia demuestra que la DCI puede ser utilizada para profundizar un proceso de deterioro democrático, el ejemplo chileno demuestra que la DCI puede contribuir a profundizar una agenda democratizadora e incrementar las posibilidades de alternancia en el poder. También haré mención a otros casos para ilustrar de mejor manera la forma en que la DCI y la DRCI se diferencian.

Para evaluar si la DCI favorece o daña el sistema democrático, hay al menos dos consideraciones relevantes. La primera, es identificar si la corte utiliza dicha doctrina para cuestionar la legitimidad de la constitución en su totalidad ('DCI total'), o si ella se dirige contra un precepto específico contenido en la constitución, a la que llamaré ('DCI parcial'). Sin perjuicio de que las sentencias que utilizan la DCI total sean altamente improbables (como lo explicaré después), ellas podrían incrementar los niveles de conflicto político y dañar gravemente al Estado de derecho. En cambio, una DCI parcial reconoce la legitimidad de la constitución, pero invalida alguna de sus normas, lo que también podría producir fuertes consecuencias políticas.

Una segunda consideración relevante para evaluar si la DCI favorece o daña la democracia, es determinar si la corte utiliza DCI para defender

⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA (2017), sentencia n.º 0084/2017.

¹⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (1985), rol n.º 33/1985.

los intereses de un gobierno incumbente, o si la Corte invoca la DCI para dañar los intereses de dicho gobierno. En efecto, mis ejemplos de DCI parcial muestran que la DCI puede contribuir a incrementar las posibilidades de alternancia en el poder si ella se ejerce contra los intereses del gobierno de turno (como ocurrió en Chile), mientras que, por el contrario, ella puede disminuir las posibilidades de que se produzca alternancia en el poder si la DCI se utiliza para justificar acciones políticas que van en el interés del gobierno incumbente (como ocurrió en Honduras y Bolivia).

Si se comparte una visión de la democracia que promueva la competencia política entre coaliciones opositoras (lo que supone la posibilidad de alternancia efectiva en el poder y reglas electorales adecuadas que se siguen en condiciones de libertad política), siguiendo las ideas de autores como Joseph Schumpeter, Adam Przeworski, Sam Issacharoff y David Landau¹¹, entonces la DCI puede ser *menos* democrática si ella beneficia el interés del gobierno de turno de permanecer, dañando la competitividad electoral del sistema. Por el contrario, la DCI será *más* democrática si ella contribuye a fortalecer la posibilidad de rotación en el poder. Por lo anterior, puede ser útil identificar a quién beneficia la DCI, y cómo lo beneficia.

En la sección siguiente (2), ofreceré algunas reflexiones teóricas acerca de la DCI y la DRCI, con el objetivo de comprender sus principales diferencias y similitudes. Luego (3), explicaré de qué manera los autores han tratado la DRCI, identificando su doble función. Enseguida (4), examinaré la forma en que dicha doble función también puede ser existir en el caso de la DCI. A continuación (5), describiré brevemente el ejemplo boliviano, explicando la forma en que el mismo es un caso de 'democratic backsliding'. Luego (6), abordaré el ejemplo chileno, identificando la forma en que el mismo contribuyó a la transición a la democracia. La última sección (8) sintetiza las principales conclusiones.

2. DISTINGUIENDO LA DCI DE LA DRCI

La DCI y la DRCI tienen al menos dos cosas en común: ambas se dirigen en contra de una manifestación o concepción del poder constituyente, y ambas tienen que superar el argumento formalista que sostiene que toda norma

¹¹ Aunque todos estos autores poseen ideas distintas, todos ellos comparten (completamente o parcialmente) la idea de que la democracia es un sistema que requiere que los partidos políticos de gobierno estén expuestos a perder las elecciones, que los perdedores electorales de hoy pueden ganar las elecciones futuras. Véase SCHUMPETER (2008-1950), pp. 269-273; PRZEWSKI (1991) (2010), p. 117; LANDAU (2013), pp. 195-196; ISSACHAROFF (2015).

constitucional posee idéntica o similar jerarquía en el sistema de fuentes del Derecho¹². Para quienes sostienen dicho argumento, tanto la DCI como la DRCI serían una contradicción lógica, en tanto una corte no debería declarar la inconstitucionalidad sustantiva o material de una reforma que modifica una norma que es de idéntica jerarquía en el ordenamiento jurídico. En consecuencia, ambas, la DCI y la DRCI, deben utilizar alguna teoría que permita superar el desafío formalista, tal y como la diferenciación clásica de Emmanuel-Joseph Sieyès entre poderes constituyentes y poderes constituidos, o como la perspectiva Schmittiana. Esta última aproximación, distingue entre 'leyes constitucionales' y 'constitución' para determinar qué aspectos de la constitución pueden ser modificados mediante los procedimientos de reforma ordinarios, y cuáles solo pueden ser modificados mediante el ejercicio del poder constituyente originario¹³.

Sin perjuicio de las similitudes precedentes, la DCI y la DRCI difieren en aspectos fundamentales. Primero, la DCI ataca un acto constituyente previo, mientras la DRCI ataca un acto constituyente en potencia (*i.e.*, un proyecto de reforma constitucional). En la DCI, el autor del acto constituyente amenazado por la sentencia judicial puede no estar activo políticamente, ya que la constitución pudo ser dictada con anterioridad al proceso jurisdiccional que motivó la sentencia, en circunstancias políticas distintas. En cambio, en la DRCI siempre existirán actores políticos concretos y actuales a los cuales la corte constitucional se enfrenta. Dichos actores poseen intereses contingentes y coetáneos al proceso jurisdiccional llevado adelante por la Corte respectiva.

Una diferencia adicional relevante, consiste en que es probablemente más fácil para una corte constitucional argumentar a favor de la DRCI que de la DCI, ya que en la primera normalmente existe una fuente jurídico-positiva concreta que la Corte puede invocar para justificar su poder de control constitucional. Así, para fundamentar la DRCI, las cortes pueden elaborar teorías compatibles con la defensa de la estructura constitucional más fundamental, como ha ocurrido con la teoría de la sustitución en Colombia¹⁴ o la doctrina

¹² Sobre el uso de este argumento formalista en perspectiva comparada, véase ALBERT, NAKASHIDE y OLCAY (2019).

¹³ La literatura contemporánea suele citar a Carl Schmitt para identificar ciertos elementos estructurales que serían inmodificables y que, por consiguiente, no podrían ser reformados por el constituyente derivado siguiendo los canales ordinarios de modificación constitucional. Véase, por ejemplo, distintas perspectivas sobre el poder constituyente que usan a Carl Schmitt en sentidos similares en COLÓN-RÍOS (2011) y (2017); ROZNAI (2018); BRAVER (2018) y LANDAU (2019).

¹⁴ Sobre esta doctrina, véase COLÓN-RÍOS (2011); LANDAU (2014); BERNAL (2013) y CAJAS-SARRIA (2017).

de la estructura básica en la India¹⁵. Este tipo de argumentos, frecuentemente de inspiración Schmittiana, reconcilian la labor de la Corte constitucional de defender la constitución (o, al menos, asegurar la preservación de su esqueleto más elemental) y, al mismo tiempo, atacar las reformas constitucionales que se estiman inconstitucionales. Tanto en Colombia como en India, por ejemplo, la DRCI ha sido utilizada con el propósito explícito de defender la constitución frente a proyectos de reforma constitucional que violan aspectos que se estiman fundamentales. No ocurre lo mismo en el caso de la DCI, ya que, en dicho caso, la Corte difícilmente puede argumentar que defiende la Constitución, en circunstancias que está desafiando una norma contenida en ella. De esta manera, argumentos que apelan directamente al papel de la Corte en la defensa del poder constituyente originario, parecen ser menos persuasivos. Después de todo, la propia corte constitucional es una 'criatura' establecida por el mismo poder constituyente que ella ahora pretende desafiar.

En otras palabras, si la Corte atacara el poder constituyente originario, estaría implícitamente arremetiendo en contra de la fuente misma de su propia jurisdicción. Ello se debe a que es posible que la corte constitucional, si decide declarar que un precepto de la Constitución es inconstitucional o que la Constitución completa es inconstitucional, amenace la validez o legitimidad de la propia Constitución y de las instituciones establecidas por ella. Los poderes constituidos bajo dicho poder constituyente estarían puestos en entredicho. Dicho de otro modo, no es esperable que los jueces amenacen sus propios poderes, por lo que atribuciones de este tipo serán normalmente excepcionales¹⁶. En consecuencia, es poco probable que las cortes sean favorables a aceptar la DCI. Si lo hacen, tendrían que encontrar una manera de reconciliar la existencia de su propio poder jurisdiccional con la necesidad de atacar el acto normativo que instituye dicho poder.

Por el contrario, las apelaciones a la defensa del poder constituyente originario normalmente se utilizan para argumentar que el órgano que ejerce dicho poder (*e.g.*, una asamblea constituyente, una junta militar, etc.), lo hace en términos absolutos e ilimitados¹⁷, lo que contradice la posibilidad de que las cortes desafíen los actos emanados de dicho órgano. Así, la apelación al poder constituyente originario es normalmente incompatible con la DCI, y sirven el propósito de justificar la inacción de las cortes, tal y como ha ocurrido en los casos citados más abajo.

¹⁵ Sobre la doctrina india de la estructura básica, véase MADHAV (2016); SHRUTI (2016) y UPENDRA (2016).

¹⁶ Véase el iluminador argumento de BARBER y VERMEULE (2016).

¹⁷ Sobre el uso de la retórica del poder constituyente, véase LANDAU (2019).

Por lo anterior, es útil distinguir entre dos tipos de DCI. El primer tipo, denominado *DCI total*, consiste en que la corte constitucional cuestiona la legitimidad o validez de toda la Constitución, sin distinguir la clase de norma que ella contiene. Las sentencias que discuten o invocan la DCI total son raras. En general, este tipo de sentencias pueden presentarse cuando las constituciones son especialmente jóvenes, su legitimidad es políticamente controvertida, hay un contexto de inestabilidad política, y existen actores políticos con incentivos para cuestionar la validez de la carta fundamental. Solo bajo estas condiciones, es esperable que las cortes reciban causas donde se ponga en duda la totalidad de la Constitución.

Como normalmente el proceso constituyente que dio vida a dicha Constitución no siguió los caminos preestablecidos por la Carta Fundamental previa, ellos implican un quiebre institucional que puede ser cuestionado. Así ocurrió, por ejemplo, con la Constitución colombiana (1991), la Constitución peruana, impulsada por Alberto Fujimori (1993)¹⁸ y la Constitución venezolana, establecida por la coalición gobernante de Hugo Chávez (1999)¹⁹. Reclamos en contra de la legitimidad de la Constitución también han sido formulados en contra de la Constitución chilena (1980)²⁰. En varios de estos casos, opositores a los gobiernos de turno atacaron la validez de la Constitución y, en todos ellos, las cortes ignoraron dichos requerimientos, validaron el proceso constituyente o argumentaron que carecían del poder para controlar dicho proceso. Incluso, en estos casos, las cortes evitaron referirse a la DCI total, o lo hicieron de forma breve y para rechazar dicha doctrina. Así, por ejemplo, la Corte Suprema colombiana determinó que la asamblea constituyente y el decreto que la establecía fue una manifestación del poder constituyente reflejado en la voluntad del pueblo colombiano, el que era capaz de reemplazar la Constitución previa siguiendo un camino distinto al establecido por dicha Constitución²¹. La teoría del poder constituyente originario fue útil para que dichas cortes justificaran su inacción. Dicha teoría también ha sido útil para quienes promueven procesos consti-

¹⁸ La legitimidad de la Constitución peruana dictada después del autogolpe del gobierno de Alberto Fujimori, fue puesta en jaque por un requerimiento firmado por más de cinco mil individuos que argumentaron que la Constitución era inconstitucional. El Tribunal Constitucional peruano rechazó dicho requerimiento. Véase sentencia del Tribunal Constitucional del Perú (2003), expediente 014-2003-AI/TC.

¹⁹ Véase COLÓN-RÍOS (2011), pp. 369–372; LANDAU (2018), pp. 162-166.

²⁰ El Tribunal Constitucional chileno rechazó este reclamo. Véase sentencia del Tribunal Constitucional de Chile (1987), rol n.º 46/1987. Véanse otros argumentos contrarios a la legitimidad de origen de la Constitución de 1980 en RÍOS (1977), (1979) y (1989); CUMPLIDO (1983); GRUPO DE LOS 24 (1979), (1981) y (1992) y QUINZIO (2002).

²¹ CORTE SUPREMA DE COLOMBIA (1990), sentencia 138.

tuyentes sin estar sujetos a controles institucionales, como ocurrió en Chile con la demanda constituyente pos 2011²².

El segundo tipo de sentencia que puede utilizar la DCI, denominado *DCI parcial*, se limita a atacar un precepto preciso de la Carta Fundamental. Este tipo de sentencias reconoce la validez general de la Constitución de forma explícita o al menos implícita, ya que ignora o rechaza argumentos destinados a atacar su legitimidad, y declara que un precepto específico de la Constitución es inconstitucional, sin cuestionar la validez o legitimidad del instrumento constitucional completo. Por ello, en este caso, la DCI será *parcial* y no *total*. En otras palabras, esta segunda clase de sentencia acepta la Constitución, y se limita a discutir cuestiones precisas de ella. El argumento de la Corte puede consistir en que existen normas superiores que se estiman infringidas por la Constitución, o en que dentro de la misma Constitución existe una suerte de jerarquía normativa entre los distintos preceptos, donde unos deben prevalecer sobre otros. Este segundo tipo de sentencias no amenaza la autoridad completa de quien detentaba el poder constituyente originario, sino solamente una parte del acto normativo emanado del ejercicio de dicho poder. De esta manera, las sentencias que utilizan la DCI parcial no necesitan atacar la fuente jurídico-positiva de la jurisdicción de la propia Corte, como suele ocurrir con las sentencias del primer tipo. Si bien la Corte es una 'criatura' de la Constitución, ella no es necesariamente una 'criatura' de la norma específica que declara inconstitucional. Por lo anterior, si bien la DCI parcial sigue siendo una doctrina contenida en sentencias extraordinarias y excepcionales, dictar este tipo de sentencias tiene costos más bajos para las cortes que las sentencias fundadas en la DCI total.

Los ejemplos que examino en las secciones 6 y 7 de este ensayo, ilustran de qué manera las cortes pueden utilizar la DCI en su versión parcial, y sugieren que, para determinar si una DCI parcial es beneficiosa o dañina para la democracia, es relevante considerar contra qué intereses políticos ella se dirige.

3. LA DOBLE FUNCIÓN DE LA DRCI

Como ya lo indiqué en la introducción, la literatura constitucional comparada ha estado fascinada con la existencia de cortes constitucionales que declaran la inconstitucionalidad de reformas constitucionales por razones de

²² ATRIA (2013); MUÑOZ LEÓN (2013); CONTRERAS, LOVERA y RIFFO (2015); CHIA y QUEZADA (2016). Sobre las razones por las cuales el proceso constituyente liderado por la expresidenta Michelle Bachelet falló, véase VERDUGO y CONTESSE (2018).

inconstitucionalidad sustantiva²³, y no solo para corregir vicios de inconstitucional formal o procedimental de los proyectos de reforma constitucional²⁴. En algunos países esta tendencia ha sido resistida por jueces y académicos, debido, fundamentalmente, a dos razones. Primero, y como ya lo adelanté, la existencia de aproximaciones formalistas al sistema de fuentes del derecho y a la jerarquía de las normas que integran los ordenamientos jurídicos puede impedir el desarrollo de la DRCI²⁵. Para esta perspectiva, todas las normas constitucionales tienen idéntica jerarquía y, por consiguiente, no puede sostenerse que una norma prime sobre otra.

La segunda razón, consiste en un argumento democrático que critica los límites al poder constituyente derivado, en tanto las cortes que controlan el ejercicio dicho poder actúan como órganos súpercontramayoritarios que revocan o impiden la manifestación de acuerdos políticos amplios o supermayorías que logran imponerse en el proceso político²⁶. Todo control constitucional ejercido en contra de una mayoría legislativa electa, está expuesto a la objeción contramayoritaria. Esta objeción puede ser más fuerte si el control se ejerce en contra de un grupo relevante de políticos electos que alcanzaron mayorías sustantivas para modificar la Constitución. Sin perjuicio de ello, el número de cortes constitucionales que han restringido los actos del poder constituyente derivado es una idea constitucional cuya "migración" ha crecido de forma significativa en distintas jurisdicciones²⁷.

Algunos autores han intentado justificar normativamente el ejercicio de este tipo de límites. Yaniv Roznai, por ejemplo, ha sostenido que cuando las cortes constitucionales declaran la inconstitucionalidad de una reforma constitucional, su función es proteger una delegación del "pueblo" a las instituciones establecidas por el proceso constituyente previo²⁸. Otro ejemplo es el de David Landau, quien ha sostenido que este tipo de sentencias pueden ser

²³ Véase, entre otros, JACOBSON (2006) y ROZNAI (2017a).

²⁴ El Tribunal Constitucional chileno solo acepta la existencia de límites procedimentales al poder constituyente derivado, aunque parte de la literatura ofrece razones para establecer límites sustantivos. Véase una buena síntesis de los argumentos existentes en DÍAZ DE VALDÉS (2007). Sobre la posición que se limita a justificar o describir límites puramente procedimentales, véase HENRÍQUEZ (2011); VERDUGO (2013) y HENRÍQUEZ y LAMBETH (2015). Sobre la posición que también ofrece límites sustantivos, véase ORREGO (1993), p. 63; SILVA (2004), p. 264; NOGUEIRA (2009), p. 262. Sobre una síntesis del proceso chileno asociado a esta materia, comenzando por la sentencia del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (1973), rol n°. 15/1973, véase VERDUGO (2018).

²⁵ Véase el iluminador trabajo de ALBERT, NAKASHIDE y OLCAY (2019).

²⁶ Véase, por ejemplo, ALBERT (2008) (2010). Para un argumento similar en Chile, véase VERDUGO (2013).

²⁷ ROZNAI (2013).

²⁸ ROZNAI (2017b).

útiles para prevenir lo que él denomina como “constitucionalismo abusivo”²⁹. En aquellos casos en que los líderes políticos poseen los votos para modificar la Constitución y dañar la democracia, se justifica que las cortes utilicen este tipo de doctrinas para restringir la concentración del poder en manos de la coalición de dicho líder³⁰. En ambos casos, se trata de argumentos que justifican la reforma constitucional inconstitucional en razones democráticas.

Un ejemplo en que este tipo de argumentos democráticos puede operar, es el caso de la Corte Constitucional de Colombia, que declaró la inconstitucionalidad de la reforma constitucional que intentaba permitir al presidente incumbente de Colombia, Álvaro Uribe, reelegirse en una segunda oportunidad. Carlos Bernal, quien es un escéptico del uso de la doctrina colombiana de la ‘sustitución’³¹, ha argumentado que dicha sentencia se justifica en la medida en que ella fue capaz de poner límites a la concentración excesiva de poderes en el Poder Ejecutivo³². Como explica Carlos Bernal, en un sistema hiperpresidencial como el colombiano, un excesivo periodo presidencial puede eliminar los frenos al poder (*e.g.*, al controlar las nominaciones de las instituciones que debieran controlar al Ejecutivo), afectando con ello aspectos fundamentales del ordenamiento constitucional³³. Finalmente, gracias a la Corte Constitucional, el expresidente Álvaro Uribe no pudo presentarse a una segunda reelección, y la democracia colombiana no se vio expuesta a la permanencia de un líder que amenazaba con concentrar el poder de forma autoritaria o abusiva, y obtener un control casi absoluto de los órganos encargados de fiscalizar o limitar el poder político. El ejemplo de Colombia ha fascinado a múltiples autores, quienes han utilizado este caso para explicar cómo las cortes constitucionales pueden fortalecer la democracia en contextos de sistemas políticos frágiles o inestables³⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, el ejemplo de Colombia, y otros semejantes, no deben llevar a concluir que la DRCI siempre servirá para fortalecer la democracia. Ejemplos contrarios demuestran que dicha doctrina puede ser utilizada para defender interpretaciones constitucionales que menoscaban la posibilidad de alternancia en el poder. Como lo indican Rosalind Dixon y David Landau, la doctrina de la DRCI debe ser entendida con precaución, en tanto ella también puede ser utilizada para bloquear reformas constitucionales que profundizan o preservan algún elemento fundamental

²⁹ LANDAU (2013), pp. 231-239.

³⁰ DIXON y LANDAU (2015).

³¹ Sobre esta doctrina, véase el trabajo de CAJAS-SARRIA (2017).

³² BERNAL (2013).

³³ *Ibid.*

³⁴ Véase, por ejemplo, ISSACHAROFF (2011) y (2015).

del sistema democrático³⁵. Ejemplos que pueden encontrarse en países que han utilizado la DRCI con buenas razones en el pasado, tales como India y Colombia, muestran que la DRCI puede utilizarse con fines alternativos y contradictorios³⁶. En efecto, la DRCI puede ser usada tanto para preservar la democracia, como para dañarla³⁷.

4. LA DOBLE FUNCIÓN DE LA DCI

Varios autores que han escrito sobre la posibilidad de que una Constitución sea inconstitucional, suelen resaltar las funciones democráticas de dicha inconstitucionalidad. Así, por ejemplo, Kim Lane Sheppele utiliza el caso de Hungría para argumentar que las Constituciones pueden ser inconstitucionales cuando quienes dictan la Constitución han violado normas democráticas elementales³⁸. El argumento de Kim Scheppele tiene por objetivo cuestionar la legitimidad política de la Constitución. No obstante, para que dicha legitimidad sea cuestionada en términos constitucionales, debe asumirse que existe una Constitución precedente o superior a la cual la Constitución nueva o inferior debió subordinarse. Kim Scheppele parece encontrar esa Constitución superior o precedente en una concepción liberal y democrática del sistema político.

Otro ejemplo lo proporciona el trabajo de Richard Albert, quien utiliza los casos de Canadá, México, Estados Unidos y Sudáfrica para distinguir distintas maneras en que una Constitución puede ser inconstitucional³⁹. Para este autor, la inconstitucionalidad de dichas constituciones puede poseer fundamentos democráticos relevantes. Aunque dichos fundamentos pueden variar en su intensidad y naturaleza, en todos estos casos el problema de la constitución inconstitucional se plantea contraponiendo la Constitución con una manera de entender la democracia. Este tipo de trabajos se relacionan con un tipo específico de DCI: la DCI total, esto es, aquella doctrina que cuestiona la validez o legitimidad de la totalidad Constitución. Como ya lo señalé anteriormente, es difícil que una corte constitucional se anime a elaborar una DCI de este primer tipo.

Los casos de DCI parcial, esto es, aquellas sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una parte de la constitución (*i.e.*, de un precepto específico de la Carta Fundamental), si bien excepcionales, parecen ser más

³⁵ DIXON y LANDAU (2015).

³⁶ *Op. cit.*, pp. 620-623.

³⁷ Véase, también, DIXON, LANDAU y ROZNAI (2018b).

³⁸ SCHEPPELE (2013).

³⁹ ALBERT (2017).

comunes que los de DCI total. La literatura ha prestado algo de atención al caso de Honduras, donde una sentencia de la Corte Suprema de dicho país, dictada el año 2015, declaró la inconstitucionalidad de una norma que establecía límites a la elección presidencial⁴⁰. Dicha norma estaba contenida en el texto original de la Carta de 1982 (artículo 239), la que era declarada inmodificable por la propia Constitución de Honduras (artículo 374), y sirvió para justificar la intervención militar que removió al expresidente José Manuel Zelaya, quien había intentado eliminar el límite a la reelección. La sentencia del año 2015 declaró la inaplicabilidad del artículo 239, argumentando que las partes de la Constitución que contienen normas de derechos fundamentales, prevalecen sobre las otras, y utilizando normas de derecho internacional. Con esta sentencia, la Corte de Honduras permitió al Presidente incumbente presentarse a una nueva elección, lo que ha sido fuertemente criticado⁴¹. Se trató de una DCI parcial que, al parecer, dañó la posibilidad de alternancia en el poder.

Los ejemplos de la sección siguiente muestran que, en el caso de la DCI, al igual que en el caso de la DRCI, las cortes pueden usar dichas doctrinas tanto para fortalecer o preservar normas fundamentales de la democracia como para dañar el sistema político, y que la identidad y el interés del gobierno incumbente, es relevante para determinar si la sentencia concreta promueve la competencia política o, por el contrario, la daña.

Dicho de otro modo, y al igual que en el caso de la DRCI, para evaluar la conveniencia de la DCI, se requiere de precisiones mayores que no pueden establecerse sin considerar el objetivo de la norma constitucional que se declara constitucional, la finalidad de la sentencia específica, y el contexto en el cual ella se dicta, incluyendo los intereses políticos relacionados. Esto es consistente con el argumento de Rosalind Dixon y David Landau, formulado a propósito de la DRCI, quienes llaman a usar una versión limitada de dicha doctrina. Dicho argumento es aplicable, como veremos, al caso de la DCI.

5. LA DCI Y EL TRIBUNAL PLURINACIONAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA⁴²

El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia (TCP), debía defender la Constitución de 2009⁴³. El gobierno de Evo Morales pudo aprobar dicha

⁴⁰ En especial, véase DIXON, LANDAU y ROZNAI (2018a).

⁴¹ DIXON, LANDAU y ROZNAI (2018a); ZÚÑIGA y CÁRCAMO (2015).

⁴² Sobre una reflexión más detallada de la sentencia, véase VERDUGO (2019).

⁴³ Véase VARGAS (2015), pp. 455-456; PEÑA (2015), p. 436.

Constitución, en parte debido al acuerdo político de 2008, que le había dado los votos necesarios para obtener la aprobación del proceso constituyente impulsado por el Movimiento al Socialismo (MAS). El año 2013 la coalición del presidente Evo Morales había logrado aprobar una ley interpretativa que le permitía buscar un tercer periodo presidencial⁴⁴, pese a que la oposición había logrado incluir, en el acuerdo de 2008, el límite a la reelección presidencial (véase la Disposición Transitoria Primera II, de la Constitución de Bolivia). La ley interpretativa modificó el sentido de dicha norma⁴⁵, violando el acuerdo de 2008⁴⁶, cuestión que fue permitida por el TCP⁴⁷. La sentencia del TCP benefició al gobierno incumbente. Una vez reelecto el año 2014, Evo Morales y su coalición intentaron permitir que fuera reelecto para un cuarto periodo presidencial⁴⁸. En el año 2015 presentaron un proyecto de reforma constitucional que modificaba las normas constitucionales pertinentes, el que fue aprobado por la asamblea legislativa. En una sentencia que validaba el camino elegido por la coalición gobernante, el TCP autorizó el referéndum correspondiente⁴⁹. No obstante, Evo Morales perdió el referéndum de forma quizá inesperada⁵⁰, y tuvo que buscar una vía alternativa para eliminar los límites a la reelección.

En noviembre de 2017, el TCP declaró que las normas constitucionales y legales que restringían la reelección de Evo Morales y de otras autoridades, violaban la Convención Americana de Derechos Humanos, y la intención original del poder constituyente manifestado en la asamblea constituyente que dio vida a la Constitución de 2009⁵¹. La sentencia declaró que los derechos políticos reconocidos por la Convención Americana debían primar, utilizando una versión fuerte de la doctrina del control de convencionalidad⁵². En cuanto a la intención original del poder constituyente, el TCP ignoró el acuerdo político de 2008, y utilizó los borradores previos que fueron aprobados por los delegados del MAS en la asamblea constituyente establecida el año 2006⁵³. Implícitamente, la sentencia parecía defender la idea de que la voluntad del constituyente la tenía el MAS, y no la oposición. De esta forma, el TCP encontró un argumento para evitar desafiar directamente al poder constituyente, complaciendo a los intereses actuales de la

⁴⁴ ALBERTI (2016), p. 28.

⁴⁵ VARGAS (2015), pp. 460 y 464.

⁴⁶ MENDOZA-BOTELHO (2014), p. 52.

⁴⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA (2013), declaración n.º 0003/2013.

⁴⁸ DRISCOLL (2017), p. 265.

⁴⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA (2015), declaración n.º 0194/2015.

⁵⁰ DRISCOLL (2017), p. 262; WELP y LISSIDINI (2016), p. 176.

⁵¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA (2017), sentencia N° 0084/2017.

⁵² *Op. cit.*, sentencia N° 0084/2017.

⁵³ *Ibid.*

coalición gobernante. Esto es curioso, porque implica que, en opinión del TCP, el texto constitucional no contenía una manifestación genuina y acabada del poder constituyente.

Esta sentencia demuestra que la DCI puede ser utilizada, como en Honduras, para dañar la competitividad del sistema político y reducir las posibilidades de alternancia en el poder. Sabemos esto porque en ambos casos la Corte benefició al líder de la coalición incumbente, autorizándolo a ser candidato por un nuevo periodo o de forma ilimitada. La sección siguiente mostrará un ejemplo que servirá para mostrar que, cuando una Corte utiliza la DPI para fallar en contra de los intereses del incumbente, ella incrementa las posibilidades de alternancia en el poder, al menos en el tipo de caso que estoy examinando.

6. LA DCNI Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO⁵⁴

El Tribunal Constitucional chileno colaboró con la transición a la democracia al declarar la inconstitucionalidad de varias normas contenidas en leyes orgánicas constitucionales que regulaban la manera en que las elecciones y el plebiscito de 1988 iban a ser implementados. Dichas leyes orgánicas habían sido dictadas por la Junta Militar, y uno de sus objetivos era establecer condiciones favorables para sus propios intereses. La Junta probablemente esperaba que el Tribunal Constitucional, creado por ella misma (órgano que detentaba el poder constituyente y había dictado la Constitución de 1980), ayudara a validar o legitimar la legislación electoral correspondiente. No obstante, y en parte gracias al liderazgo del ministro Eugenio Valenzuela, el Tribunal Constitucional dictó una serie de sentencias que deben ser destacadas. Entre las decisiones que tomó el Tribunal, restringió el poder para cancelar las inscripciones electorales⁵⁵, redujo los requerimientos para crear partidos políticos⁵⁶, y eliminó reglas que limitaban la propaganda política, entre otras sentencias⁵⁷. Todas estas sentencias fueron dictadas en contra de los intereses del régimen incumbente de aquella época.

Probablemente la decisión más importante del Tribunal Constitucional, fue la que declaró la inconstitucionalidad del proyecto de ley que imple-

⁵⁴ Para una descripción más completa del contexto en que se sitúa esta sentencia, véase VERDUGO (2018).

⁵⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (1986), rol n.º 38/1986.

⁵⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (1987), rol n.º 43/1987.

⁵⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (1988), rol n.º 53/1988. También, véase TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (1986), rol n.º 41/1986

mentaba el Tribunal Calificador de Elecciones (TRICEL)⁵⁸. De acuerdo con el itinerario constitucional contenido en las disposiciones transitorias de la Constitución de 1980⁵⁹, dicho TRICEL debía comenzar a operar después, y no antes, del plebiscito de 1988, el que iba a determinar si Augusto Pinochet permanecería en el poder por ocho años adicionales, o si debía dejar su mandato y llamar a elecciones presidenciales. Dicho itinerario estaba incluido en la propia Constitución de 1980, y el proyecto de ley orgánica constitucional sobre el TRICEL se restringía a implementar dicho itinerario. No obstante que dicho proyecto de ley se limitaba a cumplir un mandato constitucional explícito, el Tribunal Constitucional declaró que dicha norma era inconstitucional, y obligó a la Junta a implementar el TRICEL antes de que el plebiscito de 1988 pudiera tener lugar⁶⁰. Implícitamente, el Tribunal Constitucional se opuso a una interpretación literalista y originalista que aspiraba a simplemente aplicar el itinerario diseñado por la Junta⁶¹, y utilizó una interpretación constitucional que hacía prevalecer la parte democrática de la Constitución de 1980 (contenida en este caso en el artículo 18), por sobre las disposiciones transitorias correspondientes, volviendo irrelevantes normas explícitas contenidas en la carta fundamental. Augusto Pinochet respetó la sentencia del Tribunal Constitucional, probablemente porque creía que iba a ganar el plebiscito de igual modo. Desobedecer dicha decisión habría significado dañar el legado constitucional impuesto por la propia Junta⁶².

La implementación del TRICEL fue importante para darle credibilidad al plebiscito de 1988, lo que fue relevante para que los opositores a la dictadura supieran que, si se organizaban adecuadamente, podrían presentar una opción electoral competitiva en el plebiscito⁶³. Sin la sentencia del Tribunal Constitucional, el TRICEL no habría supervisado el plebiscito de 1988, y la oposición probablemente habría tenido menos incentivos para organizar una campaña electoral exitosa. El triunfo de la oposición, y el retorno a la democracia, se deben en parte a la decisión del Tribunal Constitucional⁶⁴.

Este caso demuestra que una DCI que haga prevalecer normas internas de la Constitución por sobre otras, para un caso concreto, puede servir para profundizar la competitividad del sistema político cuando se dirige a

⁵⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (1985), rol n.º 33/1985.

⁵⁹ Sobre la dualidad de la Constitución de 1980, en cuanto contenía normas permanentes que aspiraban a establecer un sistema democrático, y normas transitorias que regulaban las instituciones fundamentales de la dictadura, véase el trabajo de BARROS (2002).

⁶⁰ Véase, también CRUZ-COKE (1985).

⁶¹ ZAPATA (2008), pp. 203-209.

⁶² CONSTABLE y VALENZUELA (1991), p. 311; VALENZUELA (1997).

⁶³ CAVALLO, SALAZAR y SEPÚLVEDA (1997), pp. 477-479.

⁶⁴ VALENZUELA (2003).

limitar la posibilidad de un gobierno incumbente de reelegir a su líder, en este caso, mediante una contribución que permitió establecer condiciones adecuadas para alternancia en el poder, promoviendo la transición de un sistema autoritario a un sistema democrático.

7. CONCLUSIONES

La literatura ha prestado mucha atención a la DRCI y poca a la DCI. Sabemos que la DRCI puede servir para justificar decisiones que menoscaban las democracias o que las protegen de procesos de deterioro. Este ensayo muestra que dicha función alternativa también está presente en el caso de la DCI. En efecto, la DCI también puede tener resultados positivos o negativos desde una perspectiva democrática. Para demostrar lo anterior, desarrollé algunos breves ejemplos donde ambas posibilidades tienen lugar. Estos ejemplos, sumados a otros casos que menciono brevemente, también sirven para ilustrar las diferencias entre la DRCI y la DCI. Mientras la primera tiende a defender el producto del poder constituyente originario, la segunda tiende a atacarlo o, al menos, a modificar su contenido buscando una manera creativa (y muy poco plausible en un estricto sentido político) de justificar dicha modificación.

No puede predecirse con total certidumbre si la DCI se ejercerá en su función democratizadora o si, por el contrario, ella podrá ser útil para profundizar procesos de deterioro democrático, sin antes analizar cuál es el contenido de la reforma constitucional concreta, qué norma de la constitución se pretende modificar y cuál es el contexto político bajo el cual se presenta el caso respectivo. He argumentado que una consideración relevante para evaluar si la DCI beneficia o daña a la competencia política, consiste en identificar al gobierno incumbente, y determinar si dicha doctrina cede en beneficio de los intereses políticos de los líderes de dicho gobierno, o si ella promueve la alternancia en el poder. En este segundo caso, la DCI parcial podría ser justificada con argumentos democráticos, si se sigue la tradición intelectual contenida en el pensamiento de autores como Joseph Schumpeter y Adam Przeworski.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBERT, Richard (2008): "Counterconstitutionalism", in *Dalhousie Law Journal*, vol. 31, n.º 1: pp. 1-54.
- ALBERT, Richard (2010): "Constitutional Handcuffs", in *Arizona State Law Journal*, vol. 42: pp. 663-715.

- ALBERT, Richard (2017): "Four Unconstitutional Constitutions and Their Democratic Foundations", in *Cornell International Law Journal*, vol. 50, n.º 2: pp. 169-198.
- ALBERT, Richard, Malkhaz NAKASHIDE & Tarik OLCAY (2019): "The Formalist Resistance to Unconstitutional Constitutional Amendments", in *Hastings Law Journal*, vol. 70 (Forthcoming).
- ALBERTI, Carla (2016): "Bolivia: la democracia a una década del gobierno del MAS", en *Revista de Ciencia Política*, vol. 36, n.º 1: pp. 27-49.
- ARATO, Andrew (2017): *The Adventures of the Constituent Power. Beyond Revolutions?* (New York, Cambridge University Press).
- ATRIA, Fernando (2013): *La Constitución tramposa* (Santiago, LOM Ediciones).
- BARBER, Nicholas W. & Adrian VERMEULE (2016): "The Exceptional Role of Courts in the Constitutional Order", in *Notre Dame Law Review*, vol. 92, Issue 2: pp. 817-858.
- BARROS, Robert (2002): *Constitutionalism and Dictatorship: Pinochet, the Junta, and the 1980 Constitution*. Cambridge Studies in the Theory of Democracy (New York, Cambridge University Press).
- BERNAL, Carlos (2013): "Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Colombia: An Analysis of the Justification and Meaning of the Constitutional Replacement Doctrine", in *International Journal of Constitutional Law*, vol 11, Issue 2: pp. 339-357.
- BRAVER, Joshua (2018): "Constituent Power as Extraordinary Adaptation". Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3022221
- CAJAS-SARRIA, Mario Alberto (2017): "Judicial Review of Constitutional Amendments in Colombia: A Political and Historical Perspective, 1955-2016", in *The Theory and Practice of Legislation*, vol. 5, Issue 3: pp. 245-275.
- CAVALLO, Ascanio, Manuel SALAZAR y Oscar SEPÚLVEDA (1997): *La historia oculta del régimen militar. Historia de una época, 1973-1988* (Santiago, Editorial Grijalbo).
- CHIA, Eduardo y Flavio QUEZADA (2016): "El Tribunal Constitucional y las reformas estructurales". Disponible en www.redseca.cl/el-tribunal-constitucional-y-los-riesgos-institucionales/
- COLÓN-RÍOS, Joel (2017): "Constitution Making and Constituent Power", in Rosalind DIXON & Tom GINSBURG (eds.). *Comparative Constitutional Law in Latin America* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing) pp. 57-86.
- COLÓN-RÍOS, Joel (2011): "Carl Schmitt and Constituent Power in Latin American Courts: The Cases of Venezuela and Colombia", in *Constellations*, vol. 18, n.º 3: pp. 365-388.
- CONSTABLE, Pamela y Arturo VALENZUELA (1991): *A Nation of Enemies. Chile Under Pinochet* (New York, W.W Norton & Company).
- CONTRERAS, Pablo, Domingo LOVERA y Ernesto RIFFO (2015): "Proceso (¿) Constituyente(?)", en *Revista de Estudios de La Justicia*, n.º 23: pp. 69-91.

- CRUZ-COKE, Carlos (1985): "La sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de septiembre de 1985", en *Revista de Derecho Público*, n.º 37/38: pp. 143-148.
- CUMPLIDO, Francisco (1983): *¿Estado de derecho en Chile?* (Santiago, Instituto Chileno de Estudios Humanísticos).
- DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel (2007): "Algunas preguntas pendientes acerca del control de constitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional", en *Sentencias Destacadas 2006*: pp. 145-176.
- DIXON, Rosalind & David LANDAU (2015): "Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment", in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, Issue 3: pp. 606-638.
- DIXON, Rosalind, David LANDAU & Yaniv ROZNAI (2018a): "From an Unconstitutional Constitutional Amendment to an Unconstitutional Constitution? Lessons from Honduras". Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3208185
- DIXON, Rosalind, David LANDAU & Yaniv ROZNAI (2018b): "Term Limits and the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine: Lessons from Latin America". Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3208187
- DRISCOLL, Amanda (2017): "Bolivia's 'Democracy in Transition': More Questions than Answers in 2016", en *Revista de Ciencia Política*, vol. 37, n.º 2: pp. 255-280.
- GINSBURG, Tom & Aziz Z. HUQ (2018): *How to Save a Constitutional Democracy* (Chicago, University of Chicago Press).
- GRABER, Mark A., Sanford LEVINSON & Mark Tushnet (eds.) (2018): *Constitutional Democracy in Crisis?* (Oxford, Oxford University Press).
- GRUPO DE LOS 24 (1979): "Informe del grupo de 'Los 24'".
- GRUPO DE LOS 24 (1981): "Las críticas del grupo de los 24". Disponible en www.bcn.cl/historiapolitica/archivohales/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/23867/1/las_criticas_del_grupo.pdf
- GRUPO DE LOS 24 (1992): *Las propuestas democráticas del grupo de Los 24*, en Patricio CHAPARRO (ed.) (Santiago, Corporación Grupo de Estudios Constitucionales).
- HENRÍQUEZ, Miriam (2011): "El control de constitucionalidad de la reforma constitucional en el ordenamiento jurídico chileno", en *Anuario de Derecho Público UDP*: pp. 461-477.
- HENRÍQUEZ, Miriam y George LAMBETH (2015): "¿Son válidas las modificaciones al capítulo de reforma constitucional? Una reflexión sobre la autorreferencia normativa de Alf Ross y sus detractores", en *Estudios Constitucionales*, vol. 13, n.º 2: pp. 153-168.
- HUQ, Aziz & Tom GINSBURG (2018): "How to Lose a Constitutional Democracy?", in *UCLA Law Review*, vol. 65: pp. 78-169.
- ISSACHAROFF, Samuel (2011): "Constitutional Courts and Democratic Hedging", in *The Georgetown Law Journal*, vol. 99: pp. 961-1012.

- ISSACHAROFF, Samuel (2015): *Fragile Democracies. Contested Power in the Era of Constitutional Courts*. Cambridge Studies in Election Law and Democracy (New York, Cambridge University Press).
- JACOBSON, Gary (2006): "An Unconstitutional Constitution? A Comparative Perspective", in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4 Issue 3: pp. 460-487.
- KLUG, Heinz (2000): *Constituting Democracy: Law, Globalism and South Africa's Political Reconstruction* (New York, Cambridge University Press).
- LANDAU, David (2013): "Abusive Constitutionalism", in *UC Davis Law Review*, vol. 47, Issue 1: pp. 189-260.
- LANDAU, David (2014): "Beyond Judicial Independence: The Construction of Judicial Power in Colombia", in *Cambridge*, (Massachusetts, Harvard University).
- LANDAU, David (2018): "Constitution-Making and Authoritarianism in Venezuela", in Mark A. GRABER, Sanford LEVINSON & Mark Tushnet (eds.) *Constitutional Democracy in Crisis?* (Oxford, Oxford University Press): pp. 161-175.
- LANDAU, David (2019): "Constituent Power and Constitution-Making in Latin America", in Hanna LERNER & David LANDAU (eds.). *Comparative Constitution-Making* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing) (Forthcoming).
- LEVITSKY, Steven & Lucan A. WAY (2010): *Competitive Authoritarianism. Hybrid Regimes After the Cold War* (New York, Cambridge University Press).
- MADHAV, Khosla (2016): "Constitutional Amendment", in Sujit CHOUDHRY, Madhav KHOSLA & Pratap BhanuMEHTA (eds.). *The Oxford Handbook of the Indian Constitution*, (Oxford, Oxford University Press).
- MENDOZA-BOTELHO, Martín (2014): "Bolivia 2013: Al calor preelectoral", en *Revista de Ciencia Política*, vol. 34, n.º 1: pp. 37-57.
- MUÑOZ LEÓN, Fernando (2013): "'Chile es una república democrática': La asamblea constituyente como salida a la cuestión constitucional", en *Anuario de Derecho Público UDP*: pp. 60-94.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2009): "Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional", en *Ius Et Praxis*, vol. 15, n.º 1: pp. 229-262.
- ORREGO, Cristóbal (1993): "Vigencia de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y su reconocimiento en el ordenamiento jurídico chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, n.º 1: pp. 59-67.
- PEÑA VENEGAS, Edgar (2015): "Aspectos de interpretación constitucional ante la nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia", en *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 19: pp. 428-445.
- PRZEWORSKI, Adam (1991): *Democracy and the Market* (New York, Cambridge University Press)
- PRZEWORSKI, Adam (2010): *Democracy and the Limits of Self-Government* (New York, Cambridge University Press).

- QUINZIO, Jorge (2002): "El grupo de los 24 y su crítica a la Constitución Política de 1980", en *Revista de Derecho (Valparaíso)*, n.º 23: pp. 15-37.
- RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro (1977): "Algunos requerimientos de la nueva Constitución Política de Chile", en *Revista de Derecho (Concepción)*, n.º 165, año XLIV: pp. 105-112.
- RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro (1979): "Reflexiones sobre la nueva institucionalidad", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 6, n.º 1-4: pp. 250-264.
- RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro (1989): "Razón y fuerza de la Constitución de 1980", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 16, n.º 2: pp. 325-336.
- ROZNAI, Yaniv (2013): "Unconstitutional Constitutional Amendments. The Migration and Success of a Constitutional Idea", in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 61, n.º 3: pp. 657-719.
- ROZNAI, Yaniv (2017a): *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers* (Oxford, Oxford University Press).
- ROZNAI, Yaniv (2017b): "Towards A Theory of Constitutional Unamendability: On the Nature and Scope of the Constitutional Amendment Powers", in *Jus Politicum - Revue de Droit Politique*, n.º 18.
- ROZNAI, Yaniv (2018): "'We the People', 'Oui, the People' and the Collective Body: Perceptions of Constituent Power", in Gary JACOBSON & Miguel SCHOR (eds.), *Comparative Constitutional Theory* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing): pp. 295-316.
- RUNCIMAN, David (2018): *How Democracy Ends* (New York, Basic Books).
- SCHEPPELE, Kim Lane (2013): "Unconstitutional Constituent Power", *Unpublished Manuscript (on File with Author)*.
- SHRUTI, Rajagopalan (2016): "Constitutional Change: A Public Choice Analysis", in Sujit CHOUDHRY, Madhav KHOSLA & Pratap Bhanu MEHTA (eds.), *The Oxford Handbook of the Indian Constitution*, (Oxford, Oxford University Press).
- SCHUMPETER, Joseph A. (1950-2008): *Capitalism, Socialism and Democracy* (third edition, Harperperennial - Modernthought)
- SILVA BASCUÑAN, Alejandro (2004) *Tratado de derecho constitucional: Estados de excepción constitucional. Gobierno y administración interior del Estado. Reforma constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo x.
- SUNSTEIN, Cass R. (ed.) (2018): *Can It Happen Here?: Authoritarianism in America* (New York, Harper Collins Publishers - Dey Street Books).
- UPENDRA, Baxi (2016): "Law, Politics, and Constitutional Hegemony: The Supreme Court, Jurisprudence, and Demosprudence", in Sujit CHOUDHRY, Madhav KHOSLA & Pratap Bhanu MEHTA (eds.). *The Oxford Handbook of the Indian Constitution*, (Oxford, Oxford University Press).
- VALENZUELA, Eugenio (2003): "Contribución del Tribunal Constitucional a la institucionalización democrática", en *Cuadernos del Tribunal Constitucional. Tribunal Constitucional*, cuaderno n.º 30.

- VALENZUELA, J. Samuel (1997): "La Constitución de 1980 y el inicio de la redemocratización en Chile", en *Kellog Institute for International Studies, Working Paper*, n.º 242.
- VARGAS LIMA, Alan E (2015): "La reelección presidencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia", en *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 19: pp. 446-469.
- VERDUGO, Sergio (2013): "La objeción democrática a los límites materiales de la reforma constitucional", en *Actualidad Jurídica*, n.º 28: pp. 229-314.
- VERDUGO, Sergio (2017): "The Value of the Concept of Unconstitutional Constitutions", in *Cornell International Law Journal Online*, vol. 50: pp. 39-46.
- VERDUGO, Sergio (2018): "'[T]his Constitution – Whether I like It or Not – Is Ruling.' The Role of the Chilean Constitutional Court in Times of Change", in Richard ALBERT, Carlos BERNAL & Julian Zaiden BENVINDO (eds.), *Constitutional Change and Transformation in Latin America* (West Sussex, Hart Publishing).
- VERDUGO, Sergio (2019): "The Fall of the Constitution's Political Insurance. How the Morales Regime Broke the Insurance of the 2009 Bolivian Constitution", in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 17: (Forthcoming).
- VERDUGO, Sergio y Jorge CONTESE (2018): "Auge y caída de un proceso constituyente: Lecciones del experimento chileno y del fracaso del proyecto de Bachelet", en *Derecho y Crítica Social*, vol. 4, n.º 1: pp. 139-148.
- WELP, Yanina y Alicia LISSIDINI (2016): "Democracia directa, poder y contrapoder", en *Revista de Estudios Bolivianos*, n.º 22: 161-90.
- ZAPATA LARRAÍN, Patricio (2008): *Justicia constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco y Roberto CÁRCAMO TAPIA (2015): "¿Inconstitucionalidad de normas inconstitucionales? Un caso de constitucionalismo abusivo", en *Derecho Público Iberoamericano*, N° 7: pp. 253-271.

¿CUMPLE CON EL MANDATO DE TIPICIDAD
EL DELITO DE INCUMPLIMIENTO
DE DEBERES MILITARES DEL ARTÍCULO 299
N.º 3 DEL *CJM*?
UN ANÁLISIS DESDE LA JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

DOES THE CRIMINALITY
OF NON-COMPLIANCE OF MILITARY
DUTIES OF ARTICLE 299 N.º 3 OF THE *CJM*
COMPLY WITH THE TYPICITY MANDATE?
AN ANALYSIS FROM THE JURISPRUDENCE
OF THE CONSTITUTIONAL COURT

*Alejandro Leiva López**

RESUMEN: Se realiza un estudio eminentemente jurisprudencial –Tribunal Constitucional– respecto del artículo 299 numeral 3º del *Código de Justicia Militar* (en adelante, *CJM*) y la validez penal y constitucional de las leyes penales en blanco propias (aquellas que se remiten para su complemento a normas de rango inferior a una ley, en este caso, a reglamentos).

Se concluye que el tipo penal de incumplimiento de deberes militares cumple el mandato de tipicidad contenido en el inciso final del numeral tercero del art. 19 de la CPR, siempre y cuando la norma inferior complemente de manera suficiente el deber específicamente infringido, el cual dependerá de la institución castrense y del contenido del reglamento dictado. Asimismo, se señalan ejemplos de leyes penales en blanco vigentes en Chile y con amplia aceptación doctrinaria.

PALABRAS CLAVE: Justicia Militar - Leyes penales en blanco - Tribunal Constitucional.

* El autor es doctor(c) en derecho por la Universidad de los Andes; magíster en derecho penal de la Universidad de Chile. Abogado, licenciado en ciencias jurídicas de la Universidad del Desarrollo. Investigador y director de posgrado, Universidad Finis Terrae.

ABSTRACT: An eminently jurisprudential study –Constitutional Court– with respect to article 299 numeral 3 ° of the *Code of Military Justice* (hereinafter, *CJM*) and the criminal and constitutional validity of the own blank criminal laws (those that are sent for their complement to norms of inferior rank to a law, in this case, to regulations).

It is concluded that the criminal type of breach of military duties complies with the typicity mandate contained in the final clause of the third numeral of art. 19 of the CPR, provided that the lower norm sufficiently complements the duty specifically infringed, which will depend on the military institution and the content of the regulations issued. Also, examples of blank criminal laws in force in Chile and with broad doctrinal acceptance are indicated.

KEYWORDS: Military Justice - Criminal Laws blank - Constitutional Court.

INTRODUCCIÓN

El Tribunal Constitucional ha conocido, al menos, en diez oportunidades¹ de requerimientos de inaplicabilidad en relación con el artículo 299, numeral 3°, del *CJM*. En la más reciente resolvió por acoger la inaplicabilidad fundado en:

“DECIMOSEXTO: (...) En efecto, lo que se observa es que la norma contenida en el artículo 299 N° 3, del Código de Justicia Militar no contiene la descripción del núcleo esencial de la conducta punible de modo que es el juez quien determina en definitiva la naturaleza del injusto teniendo presente para ello no sólo normas de carácter legal (leyes en blanco impropias) sino que también de carácter reglamentario (leyes penales en blanco propias)”².

Sin embargo, el fundamento del tribunal para acoger no se debió propiamente a un defecto de constitucionalidad de la norma que sanciona el incumplimiento de deberes militares, sino a la existencia –para el caso concreto– de otras conductas ejecutadas por la requirente que el mismo *CJM* sanciona expresamente, recayendo la declaración de inaplicabilidad en el eventual ejercicio de subsunción de una conducta típica a una norma penal diversa –incumplimiento de deberes militares–, pero que no se corresponde al injusto del artículo 299, numeral 3°. De lo anterior da cuenta el mismo fallo, al señalar:

¹ Nos referimos a las STC, roles n.° 3637-17; 2859-15; 2849-15; 2817-15; 2773-15; 1011-07; 781-07; 559-06; 468-06. Actualmente pendiente, causa rol n.° 5304-18. Declarado inadmisibile: rol n.° 817-07.

² STC, rol n.° 3637-17-INA.

“VIGESIMOTERCERO: (...) Por consiguiente, la conducta punible de defraudación al erario público, no corresponde a la categoría de deberes militares por no estar contemplada en el Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas, motivo por el cual esta Magistratura constata en el test de constitucionalidad realizado en este caso concreto, una manifiesta infracción del numeral 3° del artículo 299 del Código de Justicia Militar al inciso noveno del numeral 3° del artículo 19 constitucional que contiene el principio de tipicidad de la ley penal”.

En este sentido, el defecto de constitucionalidad, a nuestro juicio, a que alude el TC no es otro que el de una errada interpretación del tipo penal más que a un vicio de constitucionalidad derivado de la aplicación del tipo de incumplimiento de deberes militares.

A continuación, se revisarán los conceptos de ley penal en blanco y su clasificación y, se analizarán los distintos fallos en que el Tribunal Constitucional ha conocido de la constitucionalidad del artículo 299, numeral 3° del CJM y sus principales fundamentos para acoger o rechazar.

1. CONCEPTO DE LEY PENAL EN BLANCO, CLASIFICACIÓN Y NECESIDAD

Luis Rodríguez Collao señala:

“(...) es aquella disposición emanada del Poder Legislativo, para crear un delito, en la cual falta la hipótesis o la sanción, o una parte de ellas, y que, por este motivo, precisa de otra disposición que la complete”³.

Binding identificó cierta clase especial de leyes penales en blanco que no satisfacen totalmente las exigencias del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, porque son incompletas,

“ya que una parte de ellas está destinada a ser integrada por reglas o preceptos que otra autoridad, distinta del legislador, habrá de dar a posteriori. A estas leyes las denominó ‘leyes en blanco’ o ‘leyes abiertas’”⁴.

Gustavo Labatut sostiene que ley penal en blanco es “aquella que se limita a fijar la pena aplicable a una conducta definida en disposiciones legales o reglamentarias posteriores”⁵.

El profesor Alfredo Etcheberry concibe las leyes penales en blanco como aquellas que

³ RODRÍGUEZ (1984), pp. 233-234.

⁴ NOVOA (1960), pp. 119-120.

⁵ LABATUT (1968), p. 795.

“únicamente señalan la sanción, y dejan entregada a otra ley o a las autoridades administrativas la determinación precisa de la conducta punible”⁶.

Enrique Cury señala:

“ley penal en blanco es aquella que determina la sanción aplicable y la acción u omisión a la que bajo determinados presupuestos se impondrá, pero abandona la precisión de estos últimos a una norma distinta”⁷.

Algunos autores distinguen varias clases de leyes en blanco, según que la parte complementaria que debe integrarlas corresponda a disposición contenida en otra articulación de la misma ley, o en una ley diversa, o que corresponda a regla emanada de otro poder distinto del legislativo que dictó aquellas.

Maggiore explica razonadamente que las leyes en blanco propiamente dichas son solo aquellas en que su parte preceptiva abierta debe ser colmada por una autoridad inferior a la que las dictó y mediante una regla de carácter general. Por consiguiente, no son casos de leyes penales en blanco aquellas que integran su contenido con el precepto de otra ley (por ejemplo, el art. 472 del *Código Penal*); en estos casos se trata simplemente de *normas de reenvío*⁸.

Es decir, son leyes penales en blanco propias, aquellas cuya complementación es requerida de una norma de rango inferior a la ley; en cambio, son leyes penales en blanco impropias, aquellas cuyo complemento es otra ley, ya sea de rango inferior o superior.

Luis Rodríguez⁹ las clasifica como:

Leyes penales en blanco propiamente tales: Son aquellas disposiciones que contienen la sanción, pero cuyo precepto o hipótesis debe ser determinado o complementado por un texto normativo diverso, emanado de una autoridad administrativa.

Leyes penales en blanco impropias: Difieren de las anteriores en que la labor de complemento se encomienda aquí a otra ley y no a una autoridad diversa del legislador.

Leyes penales abiertas: Se reserva esta denominación para designar a aquellas disposiciones incompletas en que la labor de complemento es entregada al propio tribunal encargado de aplicarlas.

La ley en blanco, o abierta, solo cobra valor una vez que ha sido dictada la norma reglamentaria que la complementa. Por ello expresaba Binding que esas leyes buscan su contenido “como un cuerpo errante busca su alma”¹⁰.

⁶ ETCHEBERRY, (1976), p. 53 y ss.

⁷ CURY (1982), p. 132 y ss.

⁸ NOVOA (1960), pp. 120-121.

⁹ RODRÍGUEZ (1984), pp. 233-234.

¹⁰ En NOVOA (1960), p. 120.

1.1. Casos de leyes penales en blanco propias en la legislación chilena

En nuestro *Código Penal* existen varios casos de leyes en blanco *propias*: artículos 32, 32 bis numeral 2, 80, 146, 256, 281 inc. 2, 288, 289, 290, 314, 317, 318, 320, 322, 329, 482 y 492. Más frecuentes son los casos en las faltas, pues, como señala Eduardo Novoa¹¹, allí se mezcla gran número de disposiciones de carácter contravencional establecidas para regir muy variadas circunstancias que la ley difícilmente podría prever en la forma minuciosa requerida para su eficacia. Entre ellos está el número 17 del artículo 494; 1, 2, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 18, 19 y 20 del artículo 495; 1, 4, 6, 7, 9, 12, 14, 15, 19, 20, 21, 24, 27, 29, 30, 36, 37 del artículo 496.

Por su parte, y como ejemplo paradigmático de ley penal en blanco *propia*, se encuentra el caso de la ley n.º 20000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y psicotrópicos, norma legal que se remite a un reglamento para complementar las conductas típicas que sanciona, reglamento que versa sobre las miles de sustancias que se consideran prohibidas.

1.2. De la necesidad de las leyes penales en blanco en el derecho penal

Como destaca Luis Rodríguez, si tal es la situación que se aprecia en el campo del derecho penal, nos inclinamos a pensar que tampoco existió claridad, acerca de lo que se debatía, en el seno de la comisión encargada de redactar el proyecto de Constitución. De este modo se explica, en nuestro concepto, que al tratar el tema de las leyes penales en blanco, sus miembros hayan actuado movidos por el afán de proscribir esta institución, en circunstancias de que la doctrina penal –y en esto sí que existe unanimidad– acepta aquella forma de legislar, al menos como “un mal necesario”, en algunos casos concretos¹².

Ello, y como es sabido, responde a una necesaria *técnica legislativa*, pues de no recurrir, *v.gr.* a un reglamento, como en el caso de la ley n.º 20000, la ley debiese contener un extenso catálogo de todas y cada una de las sustancias que se entienden prohibidas, catálogo que, además, debiese modificarse –con todos los requisitos que la ley requiere– constantemente, pues dicha lista de sustancias crece cada año en atención a la aparición permanente de nuevas sustancias, muchas de ellas sintéticas, consideradas prohibidas, *v.gr.* las “sales de baño”, originarias de Estados Unidos y carac-

¹¹ NOVOA (1960), p. 120.

¹² RODRÍGUEZ (1984), p. 232.

terizadas por motivar conductas caníbales en sus consumidores y que eran desconocidas hasta hace pocos años, entre otras.

En este sentido, nuestra Excm. Corte Suprema ha señalado:

“(…) la técnica legislativa censurada se ha seguido empleando en la actualidad por el legislador en nuevos cuerpos legales, como ocurre, por ejemplo, nada menos que con la Ley N° 20.000, de dieciséis de febrero de dos mil cinco, sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, cuyos artículos 10, inciso segundo, 14, inciso sexto, 55, 58, 60 y 63 se remiten a sendos reglamentos, entre los que sobresale el Decreto Supremo de Interior N° 867, de diecinueve del mismo mes de febrero, donde se contiene la determinación de las materias a sancionar, norma que, pese a tratarse de una ley penal en blanco, tiene permanente aplicación, circunstancia que desde luego descarta aún más un ánimo abrogatorio de esta especie de leyes”¹³.

1.3. *Leyes completas e incompletas*

La ley que contiene una hipótesis y una sanción, fijadas en términos precisos, de modo que al juez le baste con su lectura e interpretación para aplicarla, puede decirse que es una ley completa. En estos casos, el juzgador no tendrá que recurrir a otros textos normativos para emitir su juicio de absolución o condena.

Junto a estas leyes, el ordenamiento jurídico suele contemplar otras, que bien podemos denominar incompletas, porque en ellas falta todo o parte del precepto o, bien, toda o parte de la sanción. En estos casos el juez debe recurrir a otro texto normativo para emitir su juicio de absolución o condena¹⁴.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN CON EL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE DEBERES MILITARES

Como se señaló, el Tribunal Constitucional ha conocido al menos en diez oportunidades de requerimientos de inaplicabilidad en relación con el artículo 299, numeral 3°, del *CJM*. En seis de ellos ha resuelto por acoger¹⁵, en

¹³ SCS, rol N° 1373–2010 de fecha 23 de marzo de 2012, considerando undécimo.

¹⁴ RODRÍGUEZ (1984), p. 233.

¹⁵ STC, roles n.º 3637-17; 2859-15; 2849-15; 2817-15; 2773-15 y, 781-07.

tres por rechazar¹⁶ y uno en que se declaró inadmisibile el recurso por falta de fundamentos¹⁷.

2.1. Fundamentos para rechazar la inaplicabilidad del art. 299, N° 3 del CJM

En causa rol N° 468-2006, el TC falló por rechazar el requerimiento dado que los deberes militares para quienes llevan carreras castrenses, no son desconocidos y son parte trascendental de sus respectivas carreras formativas. En este sentido, el contenido de injusto de tal ilícito es plenamente conocido y forma parte del adoctrinamiento propio de las respectivas escuelas matrices. Así, señala la magistratura constitucional:

“NOVENO.- Que, sin perjuicio las observaciones expuestas y siguiendo el grueso de lo razonado precedentemente, puede afirmarse que la conducta descrita por el número 3 del artículo 299 del Código de Justicia Militar constituye la descripción suficiente del ‘núcleo central’ de la conducta punible, pues dicha afirmación se sostiene en que los ‘deberes militares’ no constituyen para los militares referencias indeterminadas o desconocidas, sino conceptos precisos con cuyo contenido los oficiales, cuyo es el caso del requirente, se familiarizan desde el inicio de su formación en las Escuelas Matrices de Oficiales de las Fuerzas Armadas, pues son parte de su malla curricular, y en torno a los que transcurre la totalidad de la vida castrense, además de vincularse directamente al carácter de ‘disciplinadas’ que el artículo 101, inciso tercero, de la Constitución Política le otorga a las Fuerzas Armadas”.

De esta forma, la conducta prohibida se describe en el artículo 299 numeral 3° en forma “esencial” o “nuclear”, dejando su desarrollo complementario o “accesorio” a una norma de rango inferior (reglamentos) a que alude el artículo 431 del *CJM*, ejercicio que el TC considera plausible a la luz del texto expreso del artículo 19 numeral 3° tal y como ha sido consagrado en la Carta Fundamental.

Esta argumentación, como es sabido, responde a la historia fidedigna de la norma constitucional tal y como consta en las actas de la CENC. En efecto, en el mismo fallo anunciado el TC argumenta, señalando que, en la línea doctrinal expuesta, esto es, que tanto las leyes penales en blanco propias como abiertas vulneran el principio de la legalidad de la ley penal, se ubica la proposición que la Comisión de Estudios de la Nueva Constitu-

¹⁶ STC, roles n.° 559-06; 468-06 y, 1011-07.

¹⁷ STC, rol n.° 817-07.

ción Política aprobó como artículo 19, n.º 3, inciso final, en el anteproyecto entregado a la Junta de Gobierno el 18 de octubre de 1978: “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se pretende sancionar está expresa y completamente descrita en ella”. Esta formulación la propuso el profesor Raúl Bertelsen, argumentando que con ella

“no quepan reglamentos ni disposiciones emanadas del Gobierno para desarrollar la ley penal, ya que ella debe bastarse a sí misma y si no se basta a sí misma, no hay delito ni pena”¹⁸.

Después de la opinión coincidente del Consejo de Estado, en cuyas actas quedó constancia del sentido prohibitivo que el precepto así redactado tenía para la existencia de las leyes penales en blanco, la Junta de Gobierno eliminó la palabra ‘completamente’, dejando solo la expresión ‘expresamente’.

Así, el texto definitivo del artículo 19, n.º 3, inciso final, de la Constitución Política, subsistente hasta la actualidad, ha producido variadas interpretaciones sobre su alcance, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, prevaleciendo aquella que sostiene la permisividad de las leyes penales en blanco en nuestro orden jurídico. Este criterio está basado en el sentido de que se atribuye a la supresión de la expresión ‘completamente’, ya mencionada, y en el carácter atenuador asignado a la solitaria subsistencia de la expresión ‘expresamente’ frente a los requisitos que predominantemente la doctrina atribuye a la legalidad de la ley penal¹⁹.

En el lenguaje de la sistemática penal, fundamenta el TC²⁰, se ha sostenido que el señalado precepto constitucional consagró el principio de la tipicidad de la ley penal, estableciendo la obligación de que esta, junto con la determinación de la sanción prevista, contenga la descripción del núcleo central de la conducta punible merecedora de aquella. Esta misma magistratura señaló, en sentencia rol n.º 24, de fecha 4 de diciembre de 1985, lo siguiente:

“Es evidente que la modificación introducida por la H. Junta de Gobierno tuvo por objeto suprimir la exigencia de que la ley penal se baste en todo sentido a sí misma y que, por el contrario, estimó que era suficiente que la ley tipificara en lo esencial la conducta delictual, la que podría ser desarrollada o precisada en aspectos no esenciales por otra norma emanada de una instancia distinta de la legislativa”.

¹⁸ Opinión que consta en las Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión 399 del 12 de julio de 1978.

¹⁹ En el mismo sentido: STC, rol N° 1011-07, considerando cuarto.

²⁰ STC, rol N° 468-06-INA, considerando cuarto.

La Corte Suprema, en fallo rol N° 4790-2002, de fecha 16 de julio de 2002, declaró:

“Que la exigencia establecida por el constituyente en el inciso final del artículo 19, N° 3, de la Carta Fundamental, pareciera que pretende excluir constitucionalmente las denominadas, en doctrina, leyes penales en blanco, en que la determinación de las conductas punibles queda, en ocasiones, entregada a los organismos o autoridades administrativas, encontrándose relacionadas con la potestad reglamentaria. Sin embargo, el análisis de las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución lleva a la conclusión que lo que se incorporó al precepto constitucional es el llamado principio de la tipicidad y, por lo mismo, no consagra una prohibición absoluta a la existencia de las leyes penales en blanco”.

Por su parte, en causa rol N° 559-06, el TC siguiendo la argumentación anterior, sostiene que la heterogeneidad de las conductas establecidas en el Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas ya mencionado, no obsta para que algunas de ellas efectivamente tengan un contenido preciso y se entiendan como un complemento coherente del artículo 299, n.º 3, del *Código de Justicia Militar* que nos ocupa.

En causa rol n.º 1011-07, el TC rechaza el requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 299, numeral 3º del *CJM*, pero lo acoge en cuanto a declarar inaplicable el artículo 433 del *CJM*, pues la aplicación de esta última no se encontraría en sintonía con el contenido de los “deberes militares”. Tratándose la conducta punible una falta disciplinaria, aunque grave, según lo establece el Reglamento de Disciplina de la Armada, y no correspondiendo a la categoría de “deberes militares” según omisión del mismo cuerpo legal y de la Ordenanza de la Armada, esta magistratura, concluye el TC, no ve vinculación entre la ley penal remisoras, esto es, el número 3º del artículo 299 del *Código de Justicia Militar*, y las normas inferiores complementarias ya citadas.

Así, el TC consideró que sin la cobertura conformada por la relación entre la norma remisoras y la norma remitida para determinar la conducta punible, no queda, sino concluir que ha sido mediante la aplicación únicamente del artículo 433 del *Código de Justicia Militar* que se ha atribuido a una falta disciplinaria el carácter de delito, lo que produce, en este caso concreto, resultados contrarios a la Constitución.

2.2. *Fundamentos para acoger la inaplicabilidad del art. 299, n.º 3 del CJM*

En STC roles n.ºs 2773 (2817, 2849 y 2859)-15-INA, acumulados, cuya causa de fondo se inicia con el sumario instruido con motivo del accidente de la

aeronave CASA 212 de la Fuerza Aérea de Chile que, el 2 de septiembre de 2011, cayó al mar en el archipiélago de Juan Fernández, falleciendo sus dieciocho pasajeros y tres tripulantes.

En el marco de dicha gestión judicial, los cuatro requirentes, con fecha 14 de noviembre de 2014, fueron sometidos a proceso, como autores del delito de incumplimiento de deberes militares. En sede constitucional, el cuestionamiento formulado por los requirentes se funda en que estaríamos en presencia de una ley penal en blanco en las hipótesis previstas en los artículos 299, n.º 3º, y 433 del *Código de Justicia Militar*.

Sobre ello, el TC señaló que son contrarias al enunciado constitucional las leyes penales en blanco propias y las leyes penales abiertas, en que la descripción de la conducta está entregada a una norma infralegal, sin indicar legalmente el núcleo fundamental o el “núcleo central de la prohibición”, labor que el legislador no puede delegar en otra autoridad, sea el juez o la Administración; de lo que se deduce que la intervención de normas dictadas por instancias distintas del propio legislador es admisible en tanto ellas complementen o desarrollen la conducta descrita al menos en su esencia en la ley.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario que el sujeto tenga cierta previsibilidad sobre la sanción por el incumplimiento del deber. Para que ello ocurra, el complemento reglamentario debe tener suficiente completitud para determinar la conducta, lo cual deberá evaluarse en cada situación concreta.

En el caso *subjudice*, los deberes infringidos no se encuentran suficientemente descritos en las normas reglamentarias y no resultan relevantes en relación con el caso que se investiga. Es posible que el incumplimiento de aquellos deberes de operación pueda dar origen a responsabilidad funcionaria, pero no podría acarrear consecuencias penales, en tanto no tienen la aptitud de complementar la norma más general de incumplimiento de deberes militares. En efecto, señala el TC, no se ha dictado la norma complementaria, en otras palabras no se ha ejercido la potestad reglamentaria que contempla el artículo 431 del *Código de Justicia Militar*. En conclusión, y en clara referencia a este tópico, no se ha verificado la suficiencia del complemento por una norma legal o reglamentaria, situación similar a la que dio cuenta la sentencia de este tribunal rol n.º 871 en su motivo 16º.

Así, no puede entregarse al juez la calificación como delito de toda falta contra los deberes militares y la disciplina, puesto que nuestro ordenamiento jurídico se encarga de establecer de manera expresa en el artículo 19, n.º 3º, en sus incisos séptimo, octavo y noveno, de la Constitución Política de la República, que será el legislador el que determinará la conducta punible, de manera taxativa, y la pena, no pudiendo presumirse ni tampoco deducirse por el órgano jurisdiccional de mérito la calificación de la aptitud y el desenvolvimiento de la acción u omisión de manera subjetiva.

En el mismo sentido, en STC, rol n.º 781-07, el TC resolvió que en la especie, y aplicado el artículo 299 n.º 3 del *Código de Justicia Militar* al caso concreto, todo indica que se pretende sancionar la infracción de eventuales deberes que no figuran de forma concreta y específica en normas legales ni reglamentarias y que, por ende, el inculpado y requirente no podía conocer con anterioridad a los hechos incriminados.

Lo anterior resulta de especial relevancia, pues el tipo de incumplimiento de deberes militares debe entenderse, en abstracto, en estrecha conexión con lo establecido por el artículo 431 del *Código de Justicia Militar*, que, en el marco normativo penal regulado por dicho cuerpo legal, habilita al Presidente de la República a dictar los reglamentos de cada institución que establezcan los denominados “deberes militares”.

Es del caso precisar que dichas normas reglamentarias constituirían el complemento del tipo de incumplimiento de deberes militares, el cual permite configurar y concretar las infracciones penales en cada caso. Así, el precepto legal impugnado relativo al delito de incumplimiento de deberes militares ha de entenderse como un todo indisoluble, integrado por los artículos 431 y 299 N° 3 del *Código de Justicia Militar*. Concluyendo el TC, que al no constar en el proceso criminal, ni tampoco en el de inaplicabilidad, cuáles son los deberes infringidos ni qué norma los establece, mucho menos resulta posible examinarlos para determinar si son de aquellos cuya trascendencia los incluye en el tipo residual de incumplimiento de deberes militares.

El tipo penal establecido en el artículo 299 n.º 3 ya citado, resulta incompleto, en términos que no se basta a sí mismo al faltar la concreción de los deberes cuya infracción se sanciona, y su eventual aplicación se verificaría sin que haya sido complementado suficientemente por una norma legal o reglamentaria.

“Se trata en su aplicación en este caso de una ley penal en blanco abierta que no describe expresamente la conducta penada, ya que la suficiencia del tipo se encuentra a merced de la potestad reglamentaria, en el marco del artículo 431 ya citado, la que no ha sido ejercitada.

Corresponde a esta Magistratura determinar si es no contraria a la Constitución la aplicación del precepto legal invocado, pero éste no puede entenderse aisladamente, pues para producir efectos en el caso se le debe aplicar inseparablemente ligado al artículo 431, con el que se conforma la descripción del tipo penal”²¹.

En STC, rol N° 3637-17, el TC reitera esta idea, aludiendo que la disposición legal impugnada referida a este capítulo al expresar “deje de

²¹ STC, rol n.º 781-07, considerando décimo sexto.

cumplir sus deberes militares” no contiene la conducta incriminada que la Constitución exige al legislador en cuanto debe estar expresamente descrita en el tipo, pues las obligaciones en el orden castrense son múltiples y de distinta jerarquía pudiendo estar contenidas en el Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas o en otros cuerpos reglamentarios aplicables asimismo al personal militar. De tal manera que, al expresar la norma jurídica “incumplimiento de deberes militares” sin más, está en una generalidad que, precisamente, hace palmaria la contravención con la disposición constitucional en que se funda la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

3. DOCTRINA MILITAR Y REGLAMENTO DE DISCIPLINA DE LAS FF.AA. DE 1951

Como se ha señalado, parte de la doctrina y algunos fallos de este TC, han colocado en el centro de sus fundamentos, para determinar o no la constitucionalidad del tipo de incumplimiento de deberes militares, la existencia o no de un reglamento que complemente dicho tipo penal y, si dicho complemento es suficiente en atención al mandato de tipicidad que exige la CPR.

En este sentido, el profesor Sergio Cea ha señalado: “El núcleo técnico o central en el artículo 299 N° 3 del Código de Justicia Militar consiste en que *‘deje de cumplir sus deberes militares’* y éstos están descritos en el Reglamento de Disciplina para la Fuerzas Armadas que se aprobó por Decreto Supremo N° 1445 de fecha 14 de diciembre de 1951”²².

Dicho reglamento solo se aplicaría al Ejército y a la Fuerza Aérea. La Armada tiene su propio reglamento de disciplina, aprobado por decreto supremo n.º 1232, de 21 de octubre de 1986 que, de acuerdo con su artículo 45:

“El hecho de que una falta contra los deberes militares o contra la disciplina haya sido castigada conforme a este Reglamento, no impide que ella pueda ser sometida al ejercicio de una acción penal”.

CONCLUSIONES

La jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Constitucional ha considerado que el tipo penal de incumplimiento de deberes militares, consagrado en el

²² CEA (2005).

artículo 299 numeral 3° del *CJM*, vulnera en los casos concretos sometidos a su conocimiento, el principio de legalidad o taxatividad penal.

Lo anterior, debido a que los reglamentos a que alude el artículo 431 del *CJM* no han sido efectivamente dictados o, existiendo, no complementan de manera suficiente el contenido de los “deberes militares” y, por tanto, incumple para el caso concreto el mandato de determinación que exige la Carta Fundamental, configurándose una ley penal en blanco del tipo *abierta* que pugna con el mandato constitucional.

Pese a que se comparten algunos de los fundamentos del órgano constitucional, no debe confundirse la falta de determinación del tipo de incumplimiento de deberes militares con la errónea aplicación de la misma, cuestión de carácter interpretativa que corresponde al juez del fondo y no al TC.

El tipo penal de incumplimiento de deberes militares respeta el mandato constitucional siempre y cuando la norma inferior complementa de manera suficiente el deber específicamente infringido, el cual dependerá de la institución castrense y del contenido del reglamento dictado, en cada caso.

BIBLIOGRAFÍA Y SENTENCIAS CITADAS

CEA CIENFUEGOS, Sergio (2005): *El delito de incumplimiento de deberes militares en la Constitución de 1980* en El Mostrador [6 de agosto de 2005]. Disponible en www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2006/12/14/el-delito-de-incumplimiento-de-deberes-militares-en-la-constitucion-de-1980/

CURY URZÚA, Enrique (1982): *Derecho penal. Parte general* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo (1976): *Derecho penal. Parte general* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo I.

LABATUT GLENA, Gustavo (1968): *Derecho penal. Parte general* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

NOVOA MONREAL, Eduardo (1960): *Curso de derecho penal chileno. Parte general* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (1984): “Constitucionalidad de las leyes penales en blanco”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 8: pp. 231-245.

Jurisprudencia

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2006): Rol n.º 468-06, 9 de noviembre de 2006.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2007): Rol n.º 559-06, 7 de junio de 2007.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2007): Rol n.º 781-07, 27 de septiembre de 2007.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2007): Rol n.º 817-07, 26 de julio de 2007.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2008): Rol n.º 1011-07, 26 de agosto de 2008.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2016): Rol n.º 2773-15, 28 de enero de 2016.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2016): Rol n.º 2817-15, 28 de enero de 2016.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2016): Rol n.º 2849-15, 28 de enero de 2016.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2016): Rol n.º 2859-15, 28 de enero de 2016.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2017): Rol n.º 3637-17, 28 de diciembre de 2017.

PROSPECCIÓN JURISPRUDENCIAL AL PRINCIPIO DE LA TRANSPARENCIA EN EL ÁMBITO DE LAS FUERZAS ARMADAS

JURISPRUDENTIAL PROSPECTING TO THE PRINCIPLE OF TRANSPARENCY IN THE ENVIRONMENT OF THE ARMED FORCES

*Sergio Cea Cienfuegos**

RESUMEN: La finalidad de la presente indagación jurisprudencial es analizar el principio de transparencia en el ámbito de las Fuerzas Armadas, a trece años de la reforma constitucional contenida en la ley n.º 20050 y a diez años de la entrada en vigencia de la ley de transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado n.º 20285, en relación con cambios de paradigma, que, a juicio del autor, impactan actualmente, la manera o forma en cómo se entendía históricamente el secreto y la reserva en el ámbito castrense; tales son: la derogación tácita de la potestad reglamentaria en materia de publicidad y transparencia, la correcta interpretación y armonización de las causales de reserva y secreto de la legislación castrense con la Constitución Política de la República y la necesidad de fundamentación de las excepciones alegadas en materia de secreto y reserva.

PALABRAS CLAVE: Principio de la transparencia - Fuerzas Armadas - Reforma constitucional causales de secreto y reserva - Derogación tácita - Interpretación - cambio de paradigma - Legislación castrense - Ley n.º 20285.

ABSTRACT: The goal of the present academic research is to analyze the principle transparency in the environment of the Armed Forces, thirteen years after the Constitutional Reform contained in the Law 20.050 and ten years after the enactment of the transparency law of the public function and access to

* Abogado Universidad de Chile. Magister en derecho con mención en derecho administrativo Universidad de Chile. Profesor de derecho administrativo Universidad del Desarrollo.

information of the State Administration n.°20285 in relation to change of paradigm that according to the author, impacts currently the way or shape of how the secrecy and the reservation were understood on the military environment; such are the tacit derogation of the regulatory power in matters of publicity and transparency, the correct interpretation and harmonization of the causes of the reservation and secrecy of the military legislation with the Constitution of the Republic and the need to substantiate the alleged exceptions regarding secrecy and reservation.

KEYWORDS: Principle of the Transparency - Armed Forces - Constitutional Reform causes of the Reservation and Secrecy - Tacit Derogation - Interpretation - Paradigm Shift - Military Law - Law 20285.

I. CONSIDERACIONES GENERALES QUE SE CONTEMPLABAN EN LA LEGISLACIÓN ANTES DE EFECTUARSE LA REFORMA CONSTITUCIONAL INTRODUCIDA POR LA LEY N.°20050

Detectamos que en la década de los años sesenta del siglo pasado, existía un contorno definido en materia de probidad administrativa respecto del funcionario público, pero no así en lo que respecta al principio de publicidad y el acceso a la información pública de los órganos de la Administración del Estado, donde imperaba el secreto y la reserva, incluso a nivel de la potestad reglamentaria.

En efecto, corresponde precisar que en el ámbito de la función pública, legislativamente, se había logrado delinear de manera institucionalizada el principio de probidad administrativa, consagrado en algunas normas del decreto con fuerza de ley n.° 338 de 5 de abril de 1960, que contenía el Estatuto Administrativo, con prohibiciones para los funcionarios públicos; tales como: intervenir en razón de sus funciones en asuntos en que tenga un interés personal o familiar, actuar contra los intereses del Estado y los funcionarios inferiores no podían ofrecer regalos o manifestaciones a sus superiores y estos últimos aceptarlas¹, entre otras limitaciones vinculadas a la probidad administrativa.

Sin embargo, en lo concerniente a la publicidad y al acceso a la información pública de los órganos de la Administración del Estado, los asuntos públicos podían tener el carácter de reservados en virtud de su naturaleza o por instrucciones especiales, lo que denota que en esa época no existía una

¹ Ley n.° 18834 sobre Estatuto Administrativo, artículos 162, 163 y 164.

relevancia normativa del principio de publicidad y del acceso de la información pública, al entregar su delimitación a la potestad reglamentaria inferior, esto es, a las instrucciones de la autoridad pública, o utilizando un concepto jurídico indeterminado y sin contenido sustancial o material, que lo relacione concretamente con la “naturaleza” del asunto, sin definir o precisar lo que se entendía por reserva y secreto, dado que bastaba que un funcionario del Estado estimara en una instrucción, que un documento era reservado, para que este adquiriese tal carácter².

Esta tendencia, que permitía mayor autonomía a un funcionario público, para efectuar la estimación de reserva o secreto, se mantuvo también en el texto primigenio de la ley n.º 18834, que en su artículo 55³ mantuvo como obligación de los funcionarios públicos, guardar secreto de aquellos asuntos que tenían el carácter de reservados, no tan solo en virtud de la ley, sino que, además, “del reglamento”, “de su naturaleza” o “por instrucciones especiales”⁴.

Incluso en el actual DFL n.º 29, que fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la ley n.º 18834, sobre Estatuto Administrativo, en su actual artículo 61 del párrafo singularizado con la letra h), continúa considerando la posibilidad de que exista un asunto reservado previsto en un “reglamento”, por “su naturaleza” o “por instrucciones especiales”, lo que se encuentra actualmente tácitamente derogado, al tenor de lo previsto en la Carta Fundamental, con las introducción del nuevo texto del artículo 8º mediante la Ley de Reforma Constitucional n.º 20050.

En el campo castrense, la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas n.º 18948, considera en dos disposiciones legales, menciones a la reserva y el secreto en dicho ámbito, tales son las relativas a las sesiones y actas de las Juntas de Selección y Apelación, las que serán secretas y además aquella que efectúa un reenvío a la ley n.º 13196 en materia de régimen presupuestario especial.

En lo que respecta, al secreto de las Juntas de Selección y Apelación del personal de las Fuerzas Armadas, cabe considerar que existe efectivamente una normativa permite invocar dicho secreto, materia que ha sido

² Téngase presente el artículo 155 de la ley n.º 18834 sobre Estatuto Administrativo, el cual reza: “El empleado debe guardar secreto en los asuntos que revistan el carácter de reservados en virtud de su naturaleza o por instrucciones especiales. La infracción será sancionada administrativamente, sin perjuicio de otras responsabilidades a que los hechos dieran lugar”.

³ La idea expuesta, resulta corolario lógico al tener de lo dispuesto en el artículo 55 de la ley n.º 18834 sobre Estatuto Administrativo, el cual reza: “Serán obligaciones de cada funcionario: h) Guardar secreto en los asuntos que revistan el carácter de reservados en virtud de la ley, del reglamento, de su naturaleza o por instrucciones especiales”.

⁴ Ley n.º 18834 sobre Estatuto Administrativo.

ratificada permanentemente por las decisiones del Consejo para la Transparencia⁵ como, asimismo, por la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República⁶.

Cuando se regulaba el régimen presupuestario especial, hacía mención y reenvío a la ley n.º 13196, que, a la época de su dictación, tenía el carácter de reservada, por lo que solamente había sido publicada en un *Diario Oficial* de edición restringida.

Esta situación, referida a la reserva de la citada norma legal, fue modificada primero a propósito de una decisión del Consejo para la Transparencia, en el amparo rol C2867-15, en la que el referido organismo dispuso a la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas hacer entrega de la copia del texto completo de la Ley Reservada del Cobre, en su versión publicada en edición restringida del *Diario Oficial*, debiendo reservar única y exclusivamente el artículo 3º de dicha ley como, asimismo, entregar sus modificaciones posteriores. Tal decisión administrativa no fue recurrida de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones respectiva, por lo que se materializó la entrega del contenido requerido.

Posteriormente, la ley n.º 20977 en su artículo único, prescribe que el texto de la ley n.º 13196, incluidas sus modificaciones, dejará de tener el carácter de secreto o reservado a contar del 22 de diciembre de 2016, insertándose íntegramente el texto actualizado de la citada ley n.º 13196 en el referido *Diario Oficial*.

II. LA REFORMA CONSTITUCIONAL PREVISTA EN LA LEY N.º 20050: CAMBIO DE PARADIGMA

A partir de la reforma constitucional, introducida por la ley n.º 20050, que consagró un nuevo contenido en el artículo 8º de la Constitución Política, se ha generado un cambio de paradigma, en lo que se refiere a los principios de publicidad y transparencia, dado que se establece como regla general, que son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen.

Al determinarse taxativamente las excepciones a los señalados principios de publicidad y transparencia, como son las causales de reserva y secreto relativas al debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los

⁵ CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA (2009), rol n.º A266-2009 y (2010) rol n.º C870-2010.

⁶ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2013), dictámenes n.º 366-2013, 39251-2013, 76719-2013 y 31384-2013; (2014), dictámenes n.º 24755-2014, 4.230-2014 y 55503-2014; (2015), dictamen n.º 99637-2015 y (2016) dictamen n.º 16041-2016.

derechos de las personas, la seguridad de la nación o el interés nacional, se limita el secreto precisamente a las referidas causales constitucionales, por lo que se restringió al legislador de dicha atribución, no contando desde ese momento, con la amplitud de facultades para regular legislativamente esa materia, a menos que se proponga una reforma constitucional.

Otra particularidad en el cambio de paradigma que se analiza, es en segundo término, que se normativiza expresamente el “principio de afectación”, en virtud del cual, no solo es necesario esgrimir la existencia de una causal de reserva o secreto, para denegar una información, sino que, además, debe acreditarse la forma o manera, en que incide en el caso concreto y como puede dañar el bien jurídico que se tutela, esa situación excepcional, y porque, en definitiva, requeriría la declaración de reserva o secreto.

Como tercer aspecto, el constituyente elevó el estándar de la norma jurídica que autoriza el secreto o reserva, siendo esta, del rango de ley de quórum calificado, es decir, aquella que necesita para su aprobación modificación o derogación, la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio, en consecuencia, todas aquellas normas jurídicas inferiores a esa jerarquía se encuentran tácitamente derogadas.

III. ALGUNAS CAUSALES SOBRE RESERVA O SECRETO EN LAS FUERZAS ARMADAS

a) Secreto de las sesiones y actas de las Juntas de Selección y Apelación

Como hemos enunciado previamente, en la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas n.º 18948, originalmente existían dos preceptos que establecían secretos o reservas en materia de información, no obstante que con la modificación de la ley n.º 20977, que consagró la publicidad de la ley n.º 13196, actualmente la única disposición que preceptúa el secreto en la referida ley n.º 18948, en su artículo 26 inciso sexto, que señala que las sesiones y actas de la Juntas de Selección y Apelación serán secretas.

Esta disposición legal es, incluso, de rango superior al de quórum calificado, por tratarse de un precepto orgánico constitucional, en consecuencia, cumple el estándar mínimo previsto en el artículo 8º de la Carta Fundamental que es ley de quórum calificado, sin perjuicio que, además, al entrar en colisión con otras normas legales, en la ponderación al caso concreto, se ha preferido la aplicación de esta preceptiva militar, pero no en función de su jerarquía normativa, sino que por estimarse que el contenido de las sesiones y las actas de las referidas Juntas de Selección y Apelación, podrían afectar la

seguridad de la nación o el interés nacional, tal como lo ha resuelto la Corte de Apelaciones de Santiago⁷:

“QUINTO: Que, en forma expresa el artículo 1° transitorio de la Ley N°20.285 sobre Acceso a la Información Pública, dispone que cumplen con la exigencia de quórum calificados los preceptos legales que con anterioridad a la promulgación de la ley 20.050 que reformó el artículo 8° de la Constitución Política de la República establezcan o dispongan la reserva o secreto de la información y en este orden de ideas, las disposiciones y razones esgrimidas por el CDE que se han citado para no acceder a entregar la información en la forma pedida, esto es, el artículo 26 inciso 2° de la Ley N° 18.948 Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas en relación con el artículo 8° inciso 2° de la Constitución Política, independientemente de la época en que fuera dictada, son plenamente válidas. En efecto, la reserva en el caso que interesa, está sustentada en las excepciones a que alude la disposición constitucional por lo que resulta justificable la falta de publicidad toda vez que la información corresponde a las deliberaciones de los integrantes de las Juntas de Selección y Apelación de la Armada en el período 2012 2013 instancia en las que se analizan, ponderan y valorizan las características y aptitudes personales y profesionales de integrantes de la Institución y las actas son la materialización de los acuerdos que sus integrantes adoptan para finalmente determinar las Listas de Retiros para los períodos que correspondan.

En las deliberaciones de los integrantes de las Juntas, es dable estimar que existen apreciaciones no sólo respecto del peticionario sino también de terceros de forma tal que como ocurre en toda instancia de deliberación necesariamente existe debate e intercambio de opiniones sobre las condiciones de unos y otros, fortalezas y debilidades, que finalmente, se traducen en decisiones que atendida la naturaleza de la Institución deben mantenerse en reserva por el carácter obediente y no deliberante de sus integrantes que excluye el reproche a los superiores que intervienen en los procesos de selección por quienes se sientan afectados, sin perjuicio del derecho de éstos a ejercer por la vía reglamentaria los recursos que le franquea la normativa institucional, lo que respecto del peticionario, así ocurrió ya que su inclusión en Lista de Retiro fue dejada sin efecto al deducir apelación.

SEXTO. Que, consecuente con lo anterior, de conformidad con el artículo 101 de la Constitución Política de la República, la Armada de Chile, integrante de las Fuerzas Armadas, es un cuerpo armado profesional,

⁷ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2014), rol n.° 5121-2014, fisco de Chile con Consejo para la Transparencia, considerando 5°, 6° y 7°.

jerarquizado y disciplinado, siendo la Junta de Selección del personal soberana en las decisiones que adopte sobre la idoneidad, capacidad profesional y condiciones personales de sus integrantes sometidos a calificación, sin que sea procedente la publicidad de las consideraciones que tuvieron sus integrantes para confeccionar la Lista de Retiros 2012 2013 que quedaron plasmadas en el acta respectiva, por ser éstas reservadas y secretas. En consecuencia, no pueden ser revisadas por un órgano ajeno siendo improcedente aplicar el principio de divisibilidad tarjando aquellos que no corresponda al peticionario por constituir las actas un solo todo ya que aceptar lo contrario significaría descontextualizar las deliberaciones que se tradujeron finalmente en decisiones.

SÉPTIMO. Que la vulneración de la reserva y secreto de la sesión y acta de las Juntas de Selección y Apelación del período 2012 2013 en lo referente al peticionario, altera la normativa, principios y el orden institucional por el que se rige la Armada de Chile en la materia y no corresponde que el Consejo disponga la entrega de información en la forma que se indica en el considerando 15) de la Decisión de Amparo para determinar si realmente se produce la afectación de la seguridad de la Nación. Este concepto, no queda restringido sólo a la preservación de la integridad física de la Nación y su territorio, esto es, a una cuestión militar o policial, sino que siendo un concepto que ha sido reconocido como complejo de definir responde a las exigencias del Estado y su institucionalidad en el interés de resguardar la naturaleza misma de las Instituciones de la Defensa Nacional impidiendo que la publicidad de los antecedentes personales de integrantes incorporados en las Listas de Retiro de la Institución, acarree la desnaturalización de su carácter, esto es, ser una Institución disciplinada, obediente y no deliberante afectando de paso la seguridad de la Nación por quedar las decisiones adoptadas por la Superioridad expuestas al reproche público de los subordinados. Esta, es una condición que se logra por medio de acciones destinadas a impedir, atenuar o eliminar vulnerabilidades que puedan afectar a las Instituciones del Estado lo que se vería afectado al cuestionarse a la Superioridad lo discutido y finalmente resuelto por las Juntas respecto a las condiciones personales y profesionales del peticionario.

La seguridad de la Nación, responde a las exigencias del Estado dentro de la institucionalidad dada a sus Fuerzas Armadas y en este aspecto, a la necesidad de mantener la garantía de que las decisiones de los superiores jerárquicos no sean cuestionadas por sus subordinados afectando la esencia de sus funciones”.

Desde la perspectiva antes enunciada, se puede concluir que cuando un derecho fundamenta, se encuentra en situación de colisión con la seguridad nacional o el interés nacional, legítimamente la Administración podría

afectarlo o restringirlo en el caso concreto, como ocurre entre el *habeas data* y la seguridad o interés nacional⁸:

“OCTAVO. Que en cuanto dice relación con la alegación del Consejo, en orden a que procede la entrega de las actas que efectúa el sargento 2° señor Pérez Terán, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 2° letra ñ) y 12 de la Ley N° 19.628 sobre Protección de la Vida Privada, esto es, haciendo uso del ‘habeas data impropio’ por ser el titular de los datos que se contienen en ellas, deberá desestimarse, atendido lo señalado por el artículo 15 del mencionado texto legal que dispone que la información no podrá solicitarse cuando afecte la reserva o secreto establecido en disposiciones legales o reglamentarias, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

En consecuencia, la norma invocada para demandar la entrega de las actas con datos del peticionario para el período de Selección y Apelación 2012 2013 entra en colisión con lo dispuesto en el artículo 26 inciso 6° de la Ley Orgánica Constitucional de la Fuerzas Armadas en relación con el artículo 8° de la Constitución Política que consagra su secreto, sin perjuicio de reiterar que el peticionario dentro del proceso de calificación de la Armada de Chile para ese período tuvo acceso a su hoja de vida; calificación anual; consideraciones del mando y finalmente, la resolución de las Juntas sin que haya quedado impedido de ejercer los derechos que la normativa legal y reglamentaria le concedía para demandar reconsideración y/o apelar de lo resuelto los que ejerció y que como se ha dicho fueron acogidos manteniéndose en servicio activo en la Institución.

Hasta ahora, solo se ha analizado la existencia de la causal, pero es relevante, además, establecer mediante el test de daño o *balancing test*, si en el caso concreto se afecta la seguridad de la nación o el interés nacional, para ello, se debe considerar que las Fuerzas Armadas son instituciones disciplinadas y jerarquizadas, y que, por tanto, ciertas decisiones de la institución deben mantenerse en reserva, en virtud del carácter obediente y no deliberante de sus integrantes, al que se han adscrito voluntariamente al ingresar a estos cuerpos castrenses, lo que les impide efectuar un reproche a sus superiores, en los procesos de selección correspondientes, sin perjuicio de que en el marco del debido proceso, el que la sesión y acta de la junta sea secreta, no implica que deban ser privados del conocimiento de sus calificaciones antes y después del proceso, y menos aún de desconocerle los derechos de impugnación que les correspondan.

⁸ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2014), rol n.° 5121-2014, considerando 8°.

En síntesis, estimo que por una parte debe mantenerse el secreto de la sesión y el acta de la junta, pero respetando el debido proceso, que en el caso concreto significa el derecho a que el afectado conozca sus calificaciones antes y después del proceso, con el legítimo derecho de impugnación de estas, en los diversos recursos disciplinarios a que tiene derecho en las oportunidades procesales legales y reglamentarias.

Ahora bien, surge otra cuestión un poco más compleja al aplicar la norma en estudio. En efecto, existen casos en que el sujeto calificado se encuentra en la lista de mérito y, aun así, puede ser incluido en la lista anual de retiro por eliminación. Este procedimiento es plenamente explicable en aquellos organismos e instituciones jerarquizadas de estructura piramidal, como son las Fuerzas Armadas, porque no es posible transformar una estructura piramidal en rectangular, evidentemente no todo el personal que pertenece a una escala jerárquica inferior, puede ascender al grado superior porque no hay vacantes o cupos suficientes, y esa diferencia de vacantes o cupos, necesariamente implica que ese personal, aunque se encuentre en lista de mérito, de todas formas no podría continuar en la institución, lo que se encuentra regulado en el artículo 25 de la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas n.º 18948.

Sin perjuicio de ello, el referido personal, que es incluido en la lista de retiro respectiva, tiene el derecho de recurrir, mediante los recursos administrativos de reconsideración y apelación, para que estando en igualdad de condiciones con relación a sus pares, se evalúe con criterios objetivos si precisamente era el que tenía menor mérito, dentro sus pares, al momento de conformarse la selección de los que continúan en la institución, si ello no fuere así, podría esa situación constituir una arbitrariedad o una discrecionalidad administrativa no razonable ni proporcional, en el caso concreto, ya sea por ausencia de fundamentación o motivo, o por contener una fundamentación no suficiente para adoptar la decisión.

En cambio, se carece de fundamentación, en concepto de la Contraloría General de la República⁹, en que la autoridad administrativa,

“...en el ejercicio de sus facultades, no puede efectuar discriminaciones o distinciones arbitrarias, entendiéndose por tales aquellas que no tengan fundamento jurídico o carecen de una motivación o fundamento racional”,

y además; “no obedezcan al mero capricho de la autoridad, pues, en tal caso, resultarían arbitrarios y, por ende, ilegítimos”.

⁹ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE (2007), dictamen n.º 16178.

En cambio la ausencia de fundamentación “suficiente” implica que “...es arbitrario, el acto administrativo que, no obstante tener esa necesaria fundamentación, ella no es idónea para justificar lo decidido”¹⁰.

La existencia de una fundamentación en el acto administrativo y que dicha fundamentación sea “suficiente”, permite diferenciar cuando se actúa por discrecionalidad o por arbitrariedad.

Lo que autoriza al legislador es la discrecionalidad administrativa, por ello autores como Rubén Saavedra citando a Tomás Ramón Fernández, expresa que existen

“...dos parámetros concretos para distinguir arbitrariedad de discrecionalidad. El primero es la motivación de la decisión administrativa y el segundo la necesidad de una justificación objetiva”¹¹.

Cualquier decisión que no contemple estos dos elementos o factores de fundamentación antes enunciados, sería un acto “arbitrario” esto es,

“...por no existir motivación alguna o por motivación insuficiente, y en un segundo lugar, porque la decisión no está debidamente fundamentada”¹².

Por lo expuesto, si bien las Juntas de Selección y Apelación son soberanas en la apreciación de la idoneidad funcionaria en las Fuerzas Armadas y sus actas y sesiones son secretas, ello no obsta a que deban respetar la discrecionalidad administrativa, en sus decisiones para no incurrir en actuaciones arbitrarias, tal como lo ha expresado la Corte de Apelaciones de San Miguel¹³:

“14°) Que la circunstancia que el inciso 5° del artículo 26 de la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas disponga que ‘Las Juntas de Selección y Apelación de las Fuerzas Armadas son soberanas en cuanto a las apreciaciones que emiten sobre la idoneidad, eficiencia profesional y condiciones personales de los calificados, no correspondiendo a otros organismos ajenos a las respectivas instituciones castrenses la revisión de los fundamentos de sus decisiones’. No implica arbitrariedad ni adoptar sus decisiones en contra de la normativa vigente como ocurre en la especie, en la que la falta de fundamentación y sujeción a la ley, tornan la decisión en ilegal y arbitraria, de modo que se deben adoptar las medidas tendientes a restablecer el imperio del derecho”.

¹⁰MORAGA (2013), p. 44.

¹¹ SAAVEDRA (2011), p. 131.

¹² *Ibid.*

¹³ CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL (2015), rol n.º 1334-2015, considerando 14°.

b) Situaciones referidas a las plantas y dotaciones del personal de las Fuerzas Armadas

Diversos requerimientos de acceso a la información pública han tenido por objetivo la entrega de información referida a las plantas y dotaciones del personal de las Fuerzas Armadas, pero en algunos casos el propio Consejo para la Transparencia, haciendo aplicación del artículo 21 numeral 5° de la ley n.° 20285 en relación con el artículo 436 del *Código de Justicia Militar*, ha rechazado en lo pertinente las respectivas solicitudes.

Sin perjuicio de lo expuesto, cada vez que el Consejo para la Transparencia hace distinciones o precisiones, aplicando el principio de divisibilidad, a nuestro juicio, vulnera los preceptos legales existentes sobre la materia, porque se aparta del claro tenor literal de la norma, especialmente cuando se trata de situaciones amparadas en el numeral 1° del artículo 436 del *Código de Justicia Militar*.

En efecto, el Consejo para la Transparencia, mediante un criterio de función militar, acogió parcialmente el amparo¹⁴, rechazando lo relativo a las funciones estrictamente militares y a información que es inexistente, sosteniendo que por tratarse aquellos funcionarios de cargos transitorios, como serían los funcionarios a contrata, la divulgación de esa información no afectaba la seguridad nacional y, además, la reserva de información del Ejército cede ante la necesidad de transparentar las políticas públicas de contratación y distribución de personal.

El referido criterio de interpretación extensiva que efectúa el CPLT, a nuestro entender excede el marco normativo específico, porque efectúa distinciones y consideraciones que solo le corresponden determinar al legislador, y no a un órgano administrativo como es el CPLT, afectándose, en consecuencia, el principio de legalidad. En efecto, no es función del CPLT, reemplazar al legislador por cuanto “Ubi lex non distinguit, non distinguere debemus”.

En ese sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago¹⁵, concluye en el reclamo de ilegalidad:

“Sexto: Que las Fuerzas Armadas por su especial naturaleza –encargadas de la defensa nacional– se rigen por un estatuto jurídico especial y, especialmente, por el Código de Justicia Militar. En ese contexto se ubica la norma del artículo 436 del citado texto legal –ley de quórum calificado– cumpliéndose de esta forma el requisito de ser un precepto legal actualmente vigente y dictado con anterioridad a la promulgación

¹⁴ CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA (2017), rol n.° C-1252-17.

¹⁵ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2017), rol n.° 9568-2017, considerando 6°.

de la Ley N° 20.050, que establecen secreto o reserva respecto de determinados actos o documentos, conforme a uno de los presupuestos del artículo 8° inciso segundo de la Constitución Política. Así las cosas, es dable concluir que es información secreta aquella relacionada con la Defensa Nacional, lo que se vincula a la seguridad de la Nación y en concreto lo son por expreso mandato legal los documentos ‘relativos a las Plantas o dotaciones y a la seguridad de las instituciones de las Fuerzas Armadas’. De lo anterior se infiere que la información que se ordena entregar al solicitante consistente en ‘cantidad de funcionarios de la categoría a contrata que se encuentran a la fecha contratados por el Ejército de Chile, reservándose esta información solo respecto del personal a contrata que cumple labores propiamente militares’, se encuentra amparada por la causal de secreto o reserva contemplada en el artículo del Código de Justicia Militar ya citado, por cuanto tales funcionarios forman parte de la dotación del personal en servicio activo del Ejército”.

Del fallo que se transcribe, se infiere claramente que las sucesivas distinciones funcionales que previamente efectuó el CPLT, para acoger parcialmente el amparo por acceso a la información pública, exceden el marco que el legislador determinó para el adecuado resguardo del secreto y reserva en ese caso específico y excepcional.

Otra diferenciación que ha efectuado el CPLT¹⁶, es aquella referida a acoger parcialmente un amparo, respecto de información de exoficiales de la Armada de Chile recontratados en la señalada institución.

Nuevamente en el referido caso, el CPLT, efectuó una separación consistente en estimar que la información referida al personal contratado como empleado civil, habiendo tenido la calidad de exoficial, cede ante la necesidad de transparentar las políticas públicas de contratación y distribución de personal, y especialmente de recontratación de personas que dejaron de pertenecer en calidad de uniformados a la Armada y que se reincorporan como funcionarios civiles por esta vía, lo que influye en el uso y disposición de los recursos públicos por parte de dicho órgano del Estado y, aunque fue rechazado el reclamo de ilegalidad en la Corte de Apelaciones de Santiago, la Excma. Corte Suprema¹⁷, actuando de oficio estimó:

“6°) Que esta Corte estima necesario subrayar que la primera exigencia para que el deber de reserva de la información pueda ser invocado por los órganos del Estado es que éste conste en una ley de quórum calificado, condición que cumplen las disposiciones legales que hayan

¹⁶ CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA (2016), rol n.° C-3612-16.

¹⁷ CORTE SUPREMA (2017), rol n.° 37908-2017, considerandos 6°, 7°, 8°, 9°, 10°, 11° y 12°.

sido dictadas con anterioridad a la promulgación de la Ley N° 20.285 y que estaban vigentes a su promulgación. En consecuencia, el deber de reserva que establece el artículo 436 del Código de Justicia Militar, que debe su actual redacción a la ley N° 18.667 publicada el 27 de noviembre de 1987, cumple con el requisito de emanar de una ley de quórum calificado y, por ende, su aplicación resulta legal y constitucionalmente procedente, toda vez que la norma expresamente refiere que es información secreta aquella relacionada con la defensa nacional, lo que no puede sino vincularse con la seguridad de la Nación, función esencial de las Fuerzas Armadas.

7°) Que, como se señaló, el artículo 436 señala en su encabezamiento que ha de entenderse por documentos secretos: 'Aquellos cuyo contenido se relaciona directamente con la seguridad del Estado, la Defensa Nacional, el orden público interior o la seguridad de las personas'. Enseguida establece un listado ejemplificador de instrumentos que tienen tal carácter, el que evidentemente no es taxativo, toda vez que la condición de secreto está definida por la vinculación y afectación del mismo a uno de los cuatro conceptos expuestos en su enunciado.

8°) Que esclarecido lo anterior, es necesario subrayar que la ley ha señalado, expresamente, que es secreta la información vinculada con los planes de operación o de servicio de las instituciones de las Fuerzas Armadas con sus respectivos antecedentes de cualquier naturaleza, relativos a esta materia, así como aquella concerniente a las armas de fuego, partes y piezas de las mismas que dichas instituciones emplean y, además, la relacionada con equipos y pertrechos militares.

En este aspecto no cabe sino concluir que la información que se ordena entregar, esto es, aquella relativa al personal de ex oficiales que hayan sido recontratados desde el año 2010 a la fecha, con indicación del cargo y sueldo con el que reingresaron y la unidad o repartición en que se desempeñan actualmente, de aquellos funcionarios que cumplen funciones relacionadas con labores administrativas, servicios generales, legales, de docencia, de salud, es una información que se encuentra amparada por la causal de secreto o reserva contemplada en el artículo 436 del Código de Justicia Militar, toda vez que aquella se relaciona con los planes de operación o de servicio de la Armada de Chile, en tanto su entrega, en los términos que ha sido ordenada, permite establecer la cantidad de personal civil que se desempeña en la referida institución, como asimismo los recursos que son destinados a su planta de funcionarios civiles. Así, su revelación claramente conlleva un debilitando del rol esencial que les ha sido asignado por la Carta Fundamental a las Fuerzas Armadas, toda vez que permite publicitar parte de los recursos humanos y económicos con los que cuenta.

En este aspecto, se debe señalar que es el propio Consejo el que ha reconocido la causal de secreto o reserva plasmada en el artículo 436 del Código de Justicia Militar y es en virtud de aquello que, acudiendo al principio de divisibilidad establecido en el artículo 11, letra e), de la ley N° 20.285, reserva la información respecto de los funcionarios que realizan labores propiamente militares, estableciendo que su publicidad podría revelar antecedentes del ámbito de estrategia. Sin embargo, tal razonamiento implica realizar una distinción que el referido precepto no contempla. Así, si se concluye que la información relacionada con la planta de funcionarios de la Armada de Chile, está amparada por la causal de secreto o reserva en comento, sólo puede concluirse que tal reserva debe abarcar a toda la planta, sean funcionarios civiles o militares, puesto que tales datos, en atención a la labor que el ordenamiento jurídico encomienda a la referida institución, son estratégicos, pues permiten establecer los funcionarios con que se cuenta y la cantidad de dinero que se destina al ámbito de recursos humanos, de modo que aquella, indudablemente, se relaciona directamente con la seguridad de la Nación.

9°) Que, en concordancia con lo expuesto, forzoso es concluir que la información ordenada entregar está cubierta por la invocada causal del artículo 21 N° 5 de la ley N° 20.285, en relación al artículo 436 del Código de Justicia Militar, en atención a consideraciones vinculadas a la “seguridad de la Nación”, circunstancia que constituye uno de los cuatro supuestos previstos en el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución Política de la República para disponer la reserva de información, y ello ciertamente porque la información solicitada puede comprometer la eficaz actuación de una institución como la Armada de Chile, dedicada a la Defensa Nacional, desde que a partir de ella puede elaborarse un completo análisis de sus planes de operación o de servicio.

10°) Que, por otro lado, es imperioso consignar que si bien lo anterior es suficiente para asentar que en el caso concreto se configuraba la causal de reserva contemplada en el artículo 21 N° 5 de la ley N° 20.285, no se puede soslayar que en nuestro ordenamiento jurídico existe otra norma que consagra el secreto de la información cuya entrega ha sido ordenada por el Consejo para la Transparencia, cual es el artículo 34 letra a) y b) de la ley N° 20.424, ley de quórum calificado dictada con posterioridad a la Ley de Transparencia, que establece el secreto de los fundamentos de los actos y resoluciones presupuestarios de la defensa nacional en todo lo relativo a planes de empleo y estándares en los que operan las Fuerzas Armadas. En el caso concreto, las razones expuestas en el considerando precedente permiten configurar la reserva esgrimida por el Consejo de Defensa del Estado, toda vez que la información que se impone develar, forma parte de los planes de empleo de la Armada, sin perjuicio que, además, claramente se relaciona con la develación

del estándar con que opera la institución, pues implica entregar datos relacionados con todos los funcionarios civiles recontractados desde el año 2010 en adelante, indicando el cargo que ocupa, monto de la remuneración y la unidad en que se desempeña.

En este punto, se debe precisar que el fallo que originó la interposición del recurso de queja que motiva la presente actuación de oficio, estableció que no se acompañó prueba que permita establecer que los antecedentes requeridos se vinculen con la seguridad de la Nación, cuestión improcedente, toda vez que basta el ejercicio lógico deductivo, relacionado con el análisis de la norma en comento, para comprender que se está ante información reservada, toda vez que el legislador lo estableció expresamente en el artículo 34 antes referido, sin que sea exigible prueba que acredite un nivel de vinculación con el bien jurídico que la causal de reserva consagra, puesto que la ley realizó la ponderación ex ante, y concluyó que, develar información presupuestaria vinculada a los planes de empleo y estándar de operación de las fuerzas armadas, es reservada o secreta.

11°) Que, no puede pasar inadvertido que los razonamientos antes referidos permiten configurar en la especie la causal de reserva contemplada en el artículo 21 N° 3 de la Ley de Transparencia, toda vez que la publicidad de la información cuya entrega se ordena por la decisión de amparo que fue reclamada ante la Corte de Apelaciones afecta la seguridad de la Nación en los términos exigidos por el precepto. En este aspecto, razona acertadamente el quejoso cuando refiere que la calificación de afectación de la seguridad nacional comprometida en la publicidad de la información sobre el monto global invertido en remuneraciones de funcionarios de planta civil recontractados fue realizada expresamente por el legislador, por lo que era improcedente que el Consejo para la Transparencia ordenara la entrega de la información. En efecto, si bien es cierto la expresión ‘seguridad de la Nación’ no se encuentra definida en términos formales, no lo es menos que las reglas hermenéuticas contenidas en nuestro ordenamiento jurídico permiten concluir, en lo sustancial, que ella abarca tanto la preservación de la seguridad interna como externa del Estado de manera de asegurar la soberanía, por lo que la defensa nacional juega un rol preponderante en su aseguramiento.

12°) Que, en consecuencia, en concepto de esta Corte, lo decidido por el Consejo para la Transparencia no se ajusta a lo dispuesto en la legislación que regula esta materia, lo que torna en ilegal la resolución que se analiza, pues al acoger parcialmente el amparo de acceso a la información de que se trata vulneró particularmente lo prevenido en los artículos 8 de la Carta Fundamental; 21 N° 3 y 5 de la Ley de Transparencia y 436 N° 2, N° 3 y N° 4 del Código de Justicia Militar y 34, letras a) y b) de la Ley N° 20.424”.

Conforme a los fundamentos expuestos, la Excma. Corte Suprema efectúa una ponderación respecto de la colisión de bienes jurídicos tutelados y afectados, apartándose de las distinciones por categorías de personal a las que se refiere el CPLT, y centrándose en la interpretación hermenéutica de la norma jurídica aplicable al caso concreto, esto es el artículo 436 numeral segundo del *Código de Justicia Militar*. La Excma. Corte Suprema para fundamentar tal interpretación, recurre al examen de otras normas relacionadas con la materia, entre las que se destacan aquellas previstas en el Estatuto Orgánico del Ministerio de Defensa Nacional, en que la regla general es que los actos y resoluciones presupuestarios de la Defensa Nacional, son públicos, pero excepcionalmente serán secretos o reservados en lo relativo a los planes de empleo y estándares en los que operan las fuerzas armadas¹⁸, razón por la que la Excma. Corte Suprema, actúa de oficio, dejando sin efecto la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, acogiendo el reclamo de ilegalidad interpuesto por el Consejo de Defensa del Estado.

c) Antecedentes, informaciones y registros que obren en poder de los organismos que conforman el sistema de inteligencia de su personal cualquiera sea su cargo

En este contexto, cabe precisar que la ley n.º 19974 sobre el sistema de inteligencia del Estado, tiene una regulación específica, relativa al secreto de la información, relativa a los “antecedentes”, “informaciones y registros”, que obren en poder de los organismos que conforman el sistema o de su personal, que implica que la propia ley estableció a que órganos públicos, dada su importancia para el Estado, se debería entregar la referida información. En consecuencia, solo determinados órganos del Estado tienen derecho a conocer la información recopilada por los organismos del sistema de inteligencia, tales son: la Cámara de Diputados, el Senado, los Tribunales de Justicia, el Ministerio Público (a través del Fiscal Nacional) y la Contraloría General de la República.

En virtud de esa enumeración taxativa, estimamos que no se le otorga por el legislador al Consejo para la Transparencia, la facultad para acceder a los “antecedentes”, “informaciones y registros”, que obren en poder de los organismos que conforman el sistema de inteligencia o de su personal, por lo que dicha entidad, carece de competencia para pronunciarse sobre esa materia.

Cabe precisar que, respecto de lo que antes hemos aseverado, no existe jurisprudencia específica del Excma. Corte Suprema específicamente sobre este aspecto.

¹⁸ Ley n.º 20424 sobre Estatuto Orgánico del Ministerio de Defensa Nacional, artículo 34.

Sin embargo, existen otras solicitudes de acceso a la información pública, relacionadas con información de inteligencia en que a la Excm. Corte Suprema¹⁹ le correspondió emitir un pronunciamiento respecto de determinado personal que ascendió al grado de general, entre el 10 de marzo de 2001 y 11 de marzo de 2006 y, que en cualquier periodo, entre 1973 y 1990, integraron la Comisión DINA o la CNI, especificando a cual pertenecieron, y los nombres de todos los generales que, en cualquier período comprendido entre el 11 de marzo de 2002 y 11 de marzo de 2015 hayan estado en servicio activo y que hubiesen integrado o hubieran sido destinados a la Comisión DINA, la DINA o la CNI, respectivamente. En este caso concreto, se resolvió en relación con la aplicación de la ley n.º 19974:

“...los sistemas de inteligencia constituyen la articulación del trabajo de organismos especializados en la recopilación y sistematización de información para la toma de decisiones, función política intrínseca a cualquier gobierno, independiente de su ideología y naturaleza. En este sentido, el Decreto Ley N° 521 y luego el Decreto Ley N° 1.878, señalaron que la Dirección Nacional de Inteligencia y la Central Nacional de Información, respectivamente, fueron creadas como ‘organismos militares de carácter técnico profesional, cuya misión era la de reunir información para producir la inteligencia que se requería para la formulación de políticas, planificación y adopción de medidas que debían procurar el resguardo de la seguridad y el normal desenvolvimiento de las actividades nacionales y mantención de la institucionalidad establecida’. El contexto político fue divergente al democrático, pero aquello no les resta el carácter de órganos de inteligencia, de manera que no es posible sostener, como lo expresan los jueces de la Corte de Apelaciones que atendido a que son entes anteriores a la entrada en vigencia de la Ley sobre Sistema de Inteligencia del Estado, no les sea aplicable su normativa, porque, como se dijo, dicho aspecto es intrínseco a cualquier Estado y la referida normativa solo vino a sistematizar ese aspecto”.

En conclusión, si bien el fallo se pronuncia respecto de información relacionada con organismos de inteligencia, su aplicación en el caso concreto sirvió para fundamentar la causal de reserva prevista en el artículo 436 numeral primero del *Código de Justicia Militar*, que fue citada en los motivos posteriores, especialmente el fundamento 13) del citado fallo, que razona en el siguiente sentido:

¹⁹ CORTE SUPREMA (2017), rol n.º 35801-2017, fisco de Chile con Consejo para la Transparencia.

“13°) Que, esta causal, entonces, debe reconducirse a alguno de los criterios de reserva establecidos taxativamente por la Constitución, en orden a afectar el debido funcionamiento del órgano, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional, en consecuencia, no cabe sino concluir que la información que se ordena entregar, esto es, aquella relativa al personal de ex oficiales que ascendieron al grado de General entre el 10 marzo de 2002 y 11 de marzo de 2006 y que durante el período de 1973 y 1990 formaron parte o integraron la Dina o la CNI y los nombres de todos los Generales que en cualquier período comprendido entre el 11 de marzo de 2002 y 11 de marzo de 2015 hayan estado en servicio activo en los referidos organismos, es una información que se encuentra amparada por la causal de secreto o reserva contemplada en el artículo 436 del Código de Justicia Militar, toda vez que aquella se relaciona con “los relativos a las plantas o dotaciones ya la seguridad de las instituciones de las Fuerzas Armadas ...y de su personal”, en tanto su entrega, en los términos que ha sido ordenada y conforme lo expuesto por el requerido, importan evidentemente la afectación de los derechos fundamentales de estas personas e incluso de su familia, en su caso, lo cual quedó demostrado con los antecedentes que se acompañaron en su oportunidad”.

Un segundo caso en que se pronunció la Excma. Corte Suprema²⁰, es el relativo al reencasillamiento del personal de un organismo de seguridad, que prestó servicios en una institución castrense, caso en el cual se revolió que la información requerida era secreta, pero en razón de que los funcionarios podrían ser objeto de atentados contra su dignidad, esto es, por la protección de derechos fundamentales como son la seguridad personal, salud y protección de la vida privada, y no en razón de la seguridad de la nación ni de su sistema de inteligencia.

“6°) Que, como se dijo, los cuestionamientos que el Comandante en Jefe del Ejército dirige a la divulgación de la información de que se trata se vinculan con la afectación que dicha publicidad podría causar a derechos de los funcionarios oponentes y de sus familias que se encuentran garantizados en la Carta Fundamental, en particular aquellos referidos a su seguridad, su salud y la esfera de su vida privada.

Al respecto, y con el fin de corroborar sus afirmaciones, el reclamante acompañó copias simples de diversas publicaciones periodísticas en las que se da cuenta de al menos ocho actividades conocidas como ‘funas’, esto es, de actuaciones coordinadas destinadas a encarar, increpando y

²⁰ CORTE SUPREMA (2017), rol n.º 8109-2017.

fustigando de manera pública, a personas acusadas de violaciones a los derechos humanos, con el fin de desacreditarlas ante la comunidad.

De tales elementos de juicio se desprende, sin ningún género de duda, la efectividad de que hechos como los que sirven de fundamento a la causal de reserva esgrimida por el actor han ocurrido, efectivamente, con anterioridad, de modo que la posibilidad de que las mismas se repitan respecto de los treinta funcionarios que manifestaron su oposición no puede ser descartada de un modo tan categórico.

Por el contrario, los antecedentes referidos más arriba obligan a estos sentenciadores a considerar, al menos como factible, que hechos como los descritos puedan llegar a afectar a los empleados civiles del Ejército tantas veces mencionados, de modo que se ha de concluir que existen elementos bastantes para estimar que la revelación de su identidad redundará, con toda probabilidad, en la afectación de su seguridad y la de su familia y en la perturbación de su vida privada y familiar, en los términos previstos en el N°2 del artículo 21 de la Ley N° 20.285”.

d) Equipamiento y pertrechos militares o policiales

Entendemos que, en esta materia, la Ley de Transparencia n.° 20285 efectivamente contempla una protección de secreto y reserva al equipamiento y los pertrechos militares, ello, en virtud de una interpretación armónica de las disposiciones contenidas en los numerales tercero y quinto del artículo 21 de la citada norma legal, en relación con el artículo 436 n.°4 del *Código de Justicia Militar*.

En efecto, el numeral tercero del artículo 21, de la referida ley de Transparencia, ha establecido:

“Artículo 21.- Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes:

3. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública.

Específicamente, el equipamiento y los pertrechos militares y policiales se vinculan con la protección de la seguridad de la nación, entendida como “...es la aptitud del Estado, para prever, resguardar o hacer frente a riesgos que Amenacen su existencia y que afecte su desarrollo”²¹.

²¹ CEA y CORONADO (2011), p. 24.

Asimismo, hemos sostenido²² que la seguridad de la nación no es un fin exclusivo o excluyente propio de las Fuerzas Armadas, dado que la propia Constitución Política de la República, respecto de estas instituciones castrenses utilizó la expresión “son esenciales” para la seguridad de la nación, dejando claramente establecido que no son los únicos entes públicos encargados de preservar la debida protección de la citada finalidad constitucional, tanto es así, que el propio Consejo para la Transparencia, tiene consagrada idéntica obligación de resguardo del secreto y la reserva cuando se afecte la seguridad de la nación, e incluso, los consejeros, en su calidad de funcionarios públicos, tienen la misma obligación.

En efecto, la ley n.º 20285, en sus artículos 1º y 33 en su párrafo “j” y el artículo 61 del DFL n.º 29, prescriben lo siguiente:

“Ley N° 20285, sobre acceso a la información pública.

Artículo 1º.- La presente ley regula el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información.

Artículo 33.- El Consejo tendrá las siguientes funciones y atribuciones:

j) Velar por la debida reserva de los datos e informaciones que conforme a la Constitución y a la ley tengan carácter secreto o reservado.

DFL N° 29 Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 18.834, Sobre Estatuto Administrativo.

Artículo 61.- Serán obligaciones de cada funcionario:

h) Guardar secreto en los asuntos que revistan el carácter de reservados en virtud de la ley, del reglamento, de su naturaleza o por instrucciones especiales”.

De las citadas disposiciones legales, se desprende claramente que el deber de resguardar el secreto y la reserva, en los casos excepcionales en que la Constitución Política del Estado así lo establece, no solo es una obligación del Consejo para la Transparencia como órgano, sino que, además, es deber de cada uno de sus consejeros y de su presidente, en su condición de funcionarios públicos, y más aún, en los casos en que se compromete la seguridad de la nación, deben actuar con la mayor cautela posible, dado que además de las Fuerzas Armadas, los demás organismos del Estado, entre los cuales se encuentra el Consejo para la Transparencia, también deben velar por la seguridad de la nación.

²² CEA y CORONADO (2011), p. 23.

La forma en que el referido Consejo y sus miembros deben resguardar el secreto y la reserva, es dar estricto cumplimiento a las normas legales que regulen la materia, absteniéndose de efectuar interpretaciones de orden administrativo, que significan en la decisión administrativa, dejar sin aplicación o restringir el alcance de la norma legal, ya sea mediante definiciones o interpretaciones propias de un concepto que ya había sido conceptualizado por el legislador o haciendo distinciones que el legislador no efectúa.

En este sentido, es interesante considerar que el propio Tribunal Constitucional²³ ha estimado que cuando existe un precepto de quórum calificado que establezca reserva o secreto, no corresponde que un órgano administrativo, efectúe interpretaciones en dicho ámbito administrativo, por lo que los preceptos legales de la jerarquía respectiva, que consagren confidencialidades, no pueden ser vulnerados por una interpretación extensiva del referido Consejo para la Transparencia.

Por su parte, la Excelentísima Corte Suprema²⁴ ha sostenido:

“Decimotercero: Que, por otro lado, no puede pasar inadvertido que los razonamientos antes referidos permiten configurar en la especie la causal de reserva contemplada en el artículo 21 N° 3 de la Ley de Transparencia, toda vez que la publicidad de la información cuya entrega se ordena por la decisión de amparo que fue reclamada ante la Corte de Apelaciones afecta la seguridad de la Nación en los términos exigidos por el precepto, pues se refiere a información relacionada directamente con la adquisición de equipamiento bélico altamente tecnologizado, cuya reserva es indispensable para el desarrollo de una adecuada estrategia de defensa nacional. En este aspecto, razona acertadamente el quejoso cuando refiere que la calificación de afectación de la seguridad nacional comprometida en la publicidad de la información sobre el monto global invertido en los aviones no tripulados fue realizada expresamente por el legislador, por lo que era improcedente que el Consejo para la Transparencia ordenara la entrega de la información. En efecto, si bien es cierto la expresión ‘seguridad de la Nación’ no se encuentra definida en términos formales, no lo es menos que las reglas hermenéuticas contenidas en nuestro ordenamiento jurídico permiten concluir, en lo sustancial, que ella abarca tanto la preservación de la seguridad interna como externa del Estado de manera de asegurar la soberanía, por lo que la defensa nacional juega un rol preponderante en su aseguramiento”.

²³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), rol n.º 1602, considerando 29º y 30º; (2011), rol n.º 1990, considerando 45º y (2014), rol n.º 2505, considerando 21º.

²⁴ CORTE SUPREMA (2014), rol n.º 24118-2014, considerando 13º.

Del considerando transcrito, se ratifica el aserto de que el Consejo para la Transparencia, no se encuentra facultado para efectuar calificaciones jurídicas administrativas, en materias tales como la seguridad de la nación, cuando el propio legislador ha determinado su contenido en una ley de quórum calificado y su consecuente reserva o secreto.

En consecuencia, el equipamiento y los pertrechos militares, se encuentran amparados por la reserva y secreto previsto en el artículo 436 del *Código de Justicia Militar*, porque como ha establecido el Tribunal Constitucional²⁵, el legislador tiene la potestad para crear excepciones al principio de publicidad, en la medida que dicha norma legal, tenga a lo menos un quórum calificado, y el Consejo para la Transparencia, por ser un órgano administrativo, carece de la potestad para dejar de aplicar dicha normativa legal, lo que a nuestro entender, es un nuevo paradigma relativo a la derogación tácita de la potestad reglamentaria en materia de publicidad y transparencia, que hasta antes de la jurisprudencia constitucional y judicial, solo era entendido como un derogación tácita, de los reglamentos que establecían causales de reserva o secreto, pero que ahora además, se ha extendido a esta nueva dimensión que limita al referido ente administrativo en sus decisiones.

CONCLUSIONES

1. En lo que respecta al secreto de las Juntas de Selección y Apelación del personal de las Fuerzas Armadas, cabe considerar que existe efectivamente una normativa jurídica que permite invocar dicho secreto, materia que ha sido ratificada permanentemente por las decisiones del

²⁵ Bajo el entendido el Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto en las sentencias (2006) rol n.º 634, considerando 20º; (2011) rol n.º 2153 considerando 15º; (2011) rol n.º 1990, considerando 27º y (2012) rol n.º 2246, considerando 22º, de las cuales se desprende que el mandato de publicidad resulta esencial para efecto de asentar las bases de un régimen republicano democrático, a partir del cual se garantice el control del ejercicio del poder, la responsabilidad que este ocasione y fomentar la participación ciudadana, sin embargo, el Tribunal deja de manifiesto que el derecho consagrado en el artículo 8º de nuestra Carta Fundamental no es absoluto, por lo que para efectos de hacerlo efectivo se debe hacer a través de los mecanismos y modalidades establecidas por el legislador, con pleno respeto de los derechos y principios que nuestro ordenamiento jurídico vigente consagra. Es de esta forma se trató de evitar la concepción de margen demasiado amplio respecto de las causales de secreto o reserva, confiándose así esta labor solo al legislador de quórum calificado, el cual precisara el contenido y alcances de las causales constitucionales de secreto o reserva.

Sobre la base de lo señalado por el Tribunal Constitución, se infiere que artículo 436 del *Código de Justicia Militar*, es una norma de excepción al principio de publicidad y transparencia de los actos y resoluciones del Estado, específicamente de la Administración del Estado.

- Consejo para la Transparencia²⁶ como, asimismo, por la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República
2. Debe mantenerse el secreto de la sesión y el acta de las Juntas de Selección y Apelación, pero respetando el debido proceso, que significa en el derecho a que el afectado conozca sus calificaciones antes y después del proceso, con el legítimo derecho de impugnación de estas, en los diversos recursos administrativos disciplinarios a que tiene derecho en las oportunidades procesales legales y reglamentarias. Ello sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales cuando se afecte el principio de proporcionalidad y racionalidad en el ejercicio de las potestades públicas por esos órganos administrativos colegiados.
 3. El criterio de interpretación extensiva que efectúa el CPLT, a nuestro entender excede el marco normativo específico, porque efectúa distinciones y consideraciones que solo le corresponden determinar al legislador, y no a un órgano administrativo como es el CPLT, afectándose de un u otra forma el principio de legalidad. En efecto, no es función del CPLT, reemplazar al legislador por cuanto “Ubi lex non distinguit, non distinguere debemus”.
 4. En el evento de concretarse una modificación de la legislación castrense en esta materia, en especial del artículo 436 del *Código de Justicia Militar*, el legislador deberá considerar los cometidos constitucionales que el artículo 101 de nuestra actual Carta Fundamental asigna a las Fuerzas Armadas, la sola circunstancia que el bien jurídico tutelado es la Defensa Nacional, incide directamente en una normativa excepcional y restrictiva de acceso a la información pública.

BIBLIOGRAFÍA

- CEA CIENFUEGOS, Sergio y Ricardo CORONADO DONOSO (2011): *Derecho militar. Parte general* (Santiago, Legal Publishing), tomo I.
- MORAGA KLENNER, Claudio (2013): *Anotaciones sobre el procedimiento administrativo según la jurisprudencia de los tribunales chilenos* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).
- SAAVEDRA FERNÁNDEZ, Rubén (2011): *Discrecionalidad administrativa* (Santiago, Legal Publishing).

²⁶ CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA (2009), rol n.º A266-2009 y (2010), rol n.º C870-2010.

Normas

Constitución Política de la República de Chile.

Código de Justicia Militar, decreto n.º 2226 del Ministerio de Justicia, 19 de diciembre de 1944.

Ley n.º 18575 Orgánica Constitucional de bases Generales de la Administración del Estado, Ministerio del Interior, *Diario Oficial*, 5 de diciembre de 1986.

Ley n.º 18834 sobre Estatuto Administrativo, decreto con fuerza de ley n.º 29 del Ministerio de Hacienda de 16 junio de 2016, *Diario Oficial*, 17 de marzo de 2005.

Ley n.º 20285 sobre Acceso a la información pública, Ministerio Secretaria General de la Presidencia, *Diario Oficial*, 20 de agosto de 2008.

Ley n.º 20424 sobre Estatuto Orgánico del Ministerio de Defensa, Ministerio de Defensa Nacional; Subsecretaría de Guerra. *Diario Oficial*, 4 de febrero de 2010

Jurisprudencia

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA (2009): Rol n.º A266-09, Víctor Díaz Acuña con Fuerza Aérea de Chile, 15 de diciembre de 2009.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA (2011): Rol n.º C870-10, Jorge Balmaceda Hoyos con Armada de Chile, 28 de enero de 2011.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA (2017): Rol n.º C1252-17, Ignacio Olivares con Ejército de Chile, 28 de julio de 2017.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA (2017): Rol n.º C3612-16, Yusef Cifuentes Tapia con Armada de Chile, 28 de febrero de 2017.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2013): Dictamen n.º 366, 3 de enero de 2013.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (0013): Dictamen n.º 39251, 21 junio de 2013.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2013): Dictamen n.º 76719, 22 noviembre de 2013.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2013) Dictamen n.º 31384, 22 de mayo de 2013.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2014): Dictamen n.º 24755, 8 de abril de 2014.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2014) Dictamen n.º 41230, 10 de junio de 2014.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2014): Dictamen n.º 55503, 21 de julio de 2014.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2015): Dictamen n.º 99637, 16 de diciembre de 2015.

- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2016): Dictamen n.º 16041, 1 de marzo de 2016.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2007): Dictamen n.º 16178, 12 de abril de 2007.
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2014): Rol n.º 5121-2014, fisco de Chile con Consejo para la Transparencia, 17 de julio de 2014.
- CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL (2015): Rol n.º 1334-2015, Musa Rodríguez Fernando, 10 de agosto de 2015.
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2017): Rol n.º 9568-2017, 22 de agosto de 2017.
- CORTE SUPREMA (2014): Rol v 24118-2014, Consejo de Defensa del Estado, 15 de septiembre de 2014.
- CORTE SUPREMA (2017): Rol n.º 8109-2017, Humberto Oviedo Arriagada, 10 de marzo de 2017.
- CORTE SUPREMA (2017): Rol n.º 35801-2017, Ejercito de Chile (fisco de Chile) con Consejo para a Transparencia, 27 de julio de 2017.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010): Rol n.º 1602-10, Control de Constitucionalidad, 18 de enero de 2010.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2013): Rol n.º 2505-13, 13 de agosto de 2013 (Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2011): Rol n.º 1990-11, 26 de mayo de 2011 (Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2011): Rol n.º 2153-11, 26 diciembre de 2011 (Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2012): Rol n.º 2246-12, 08 de junio de 2012 (Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2006): Rol n.º 634-06, 17 de octubre de 2006 (Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad).

DEL DAÑO MORAL Y SU CUESTIONABLE
TRATAMIENTO DESDE LA ÓRBITA
DE UNA ACCIÓN COLECTIVA O DIFUSA
(COMENTARIOS A LA LEY N° 21081
QUE MODIFICA LA LEY N° 1496,
SOBRE PROTECCIÓN
DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES)

OF THE MORAL DAMAGE
AND ITS QUESTIONABLE TREATMENT FROM
THE ORBIT OF A COLLECTIVE OR DIFFUSE
ACTION (COMMENTS TO THE LAW N° 21081
THAT MODIFIES THE LAW N° 19496,
ON PROTECTION OF THE RIGHTS
OF THE CONSUMERS)

*Renzo Munita Marambio**

RESUMEN: El daño moral es un agravio complejo. Aquello se evidencia en las dificultades de conceptualizarlo, de demostrarlo, así como valorarlo. Lo que sí está claro, es que ataca la faceta más íntima de la persona. De aquí que deba ser entendido como un agravio personalísimo. Lo anterior provoca consecuencias. A través de este trabajo nos concentramos en una de ellas: su cuestionable tratamiento desde la órbita de una acción colectiva o difusa invocable desde los linderos de la ley n.º 19496 sobre protección a los derechos de los consumidores, recientemente modificada por la ley n.º 21081 de 13 de septiembre de 2018.

PALABRAS CLAVE: Daño moral - Daño extrapatrimonial - Daño personalísimo - Daño individual - Acción colectiva o difusa.

* Doctor en Derecho por la U. Grenoble Alpes (UGA, Francia). Profesor investigador y de Derecho Civil de la Universidad del Desarrollo. Correo postal: Ainavillo 456, quinto piso, Concepción. Correo electrónico: renzomunita@udd.cl.

ABSTRACT: Moral damage is a complex grievance. This is evident in the difficulties of conceptualizing it, of demonstrating it, as well as assessing it. What is clear is that it attacks the most intimate facet of the person. Hence, it must be understood as a personal injury. The above causes consequences. Through this work we focus on one of them: its questionable treatment from the orbit of a collective or diffuse action that can be invoked from the boundaries of Law n.° 19496 on the protection of consumer rights, recently amended by Law n.° 21081 of September 13, 2018.

KEYWORDS: Moral damage - Non-pecuniary damage - Personal injury - Individual damage - Collective or diffuse action.

NOTAS INTRODUCTORIAS

El problema que pretendemos exponer a través de estas líneas, tiene relación con el tratamiento del daño moral, el cual, en razón de sus conceptos, nociones y aproximaciones, requiere, en nuestro entender, de prueba específica e individual del afectado: el agravio impacta la intimidad subjetiva de la víctima. La antítesis a la afirmación expuesta se identifica con la valoración colectiva del daño moral o, en otros términos, con su evaluación su valoración en globo o en bloque. Con todo, nuestro legislador consumerista recientemente abrió la puerta para que dicha antítesis pudiera materializarse. Aquello puede apreciarse desde el mérito de la reciente reforma a la ley sobre protección de los derechos de los consumidores n.° 19496, la que habilita, como se verá, a que el juez pueda ordenar resarcimientos de daños morales, desde la órbita de una acción colectiva. Contestamos el criterio plasmado en la ley. Entendemos que, en el ejercicio de una acción de esta naturaleza, solo podrían, al menos dogmáticamente, ser perseguidas reparaciones de daños patrimoniales, los cuales van en la línea de un agravio que bien puede representar la misma magnitud gravosa respecto de una diversidad de afectados.

PLAN

El defecto legislativo que indicamos en el acápite anterior debe entenderse desde el análisis de la naturaleza del daño moral. Es por lo anterior que en una primera parte nos ocuparemos de un análisis de fondo del agravio en mención (I), el que esperamos permita justificar nuestro cuestionamiento al tratamiento del mismo, desde la lógica de una acción de corte colectivo o difuso deducida en clave consumerista (II).

I. EL DAÑO MORAL, UN AGRAVIO COMPLEJO

Como el alfa y el omega de la responsabilidad. Así ha sido entendido el daño por algunos autores extranjeros¹. A su turno, doctrina nacional autorizada lo entiende como aquella “condición indispensable bajo cualquier régimen de responsabilidad civil”². En otros términos, obedece al elemento diferenciador del instituto resarcitorio de otros tipos de tutelas³.

Por otro lado, bien sabemos que la reparación puede ser motivada a propósito de diversos tipos o categorías de perjuicios, siendo ellos de carácter patrimonial y extrapatrimonial o moral. La diferencia entre ellos es nítida. Mientras el primero de ellos amerita una valoración pecuniaria equivalente, sea al bien jurídico distraído del patrimonio del vulnerado –en su modalidad de daño emergente–, sea al incremento patrimonial obstaculizado –en su modalidad de lucro cesante–⁴; el segundo, tiene por destino y vocación impactar una esfera de corte íntimo de la víctima, cuya existencia y valoración, en razón de su naturaleza, resulta de confusa determinación. La complejidad del daño moral, nos parece entonces evidente, aquello puede ser refrendado mediante una revisión general relativa al tratamiento con el que nuestra doctrina se ocupa del daño moral, ilustrándola mediante referencias jurisprudenciales.

Las dificultades que conlleva este especial agravio han motivado que su reconocimiento pretoriano haya sido bien posterior a la dictación del *Código Civil*, en sede extracontractual⁵; y aún más tarde en sede contractual⁶.

¹ DURRY (2010). El indicado profesor expone: “a menudo se ha dicho y escrito que el perjuicio ocupa un dominio menor en el derecho de la responsabilidad, si es que se compara con el hecho generador, multiforme, o respecto del vínculo de causalidad, tan difícil de definir. Por mi parte no estoy persuadido de aquello. Más bien veo en el perjuicio el alfa y el omega del derecho de la responsabilidad. Alfa, porque sin perjuicio no hay víctima a resarcir, luego no cabe hablar de acción de reparación, ni tampoco proceder a examinar el hecho generador ni el vínculo de causalidad; omega, puesto que la asignación de una indemnización de perjuicios a la víctima, es el objetivo final de toda acción de responsabilidad”.

² BARROS (2006), p. 215.

³ No desconocemos aquellas posturas que atribuyen a la responsabilidad civil funciones punitivas y preventivas, que presentan vocación a intervenir bajo ópticas diversas al resarcimiento de los perjuicios padecidos. Respecto de este punto sugerimos consultar AEDO (2006), p. 39 y ss.

⁴ El propósito de este trabajo no persigue ingresar en el análisis doctrinario sobre el daño patrimonial. Sin perjuicio de lo anterior, puede ser revisado en este punto: BARROS (2006), p. 230 y ss.; CORRAL (2013), p. 142 y ss.; RODRÍGUEZ (2003), p. 289 y ss.; AEDO (2006), p. 367 y ss.

⁵ Sentencia Excma. Corte Suprema de 16 de diciembre de 1922, “Vaccaro con The Chilean Electric Tramway and Light Cía. Ltda.”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXI, sec. 1ª, p. 1053.

⁶ Sentencia Excma. Corte Suprema de 20 de octubre de 1994, “Rafart Mouthon, María con Banco de Chile”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XCI, sección 1ª, p. 100.

La discutida incorporación a nuestros precedentes jurisprudenciales obedece necesariamente a su insuficiencia, en cuanto instrumento jurídico, de restablecer la situación de la víctima al estado anterior a la verificación del hecho generador de responsabilidad. Así, el dolor, la aflicción o el impacto en los afectos, mal podría ser entendido como reparable. Nada puede devolver el dolor por perder a un ser querido.

De aquí que el daño moral solo pueda ser objeto de compensaciones patrimoniales que permitan alcanzar en el afectado una satisfacción estimada como equivalente al agravio padecido. En este sentido, la profesora Carmen Domínguez Hidalgo argumenta:

“ante la imposibilidad de traducir los perjuicios extrapatrimoniales en unidades monetarias, y por ende, en una lesión concreta al patrimonio, la consecuencia no puede ser sino, un rotundo rechazo a su reparación”⁷.

A su turno, el tratadista Enrique Barros Bourie enseña:

“el daño moral no puede ser objeto propiamente de reparación, de modo que la indemnización tiene una función compensatoria por los males que la víctima ha sufrido y por los bienes de que se ha visto privada”⁸.

En otros términos, la Corte Suprema, en fallo de 18 de octubre de 2017⁹, en su considerando noveno, declaró:

“la indemnización por daño moral es meramente satisfactiva, lo que viene a significar que con ella se pretende una ayuda o auxilio que le permita a la víctima atenuar el daño”.

Más allá de lo anterior, son razones de justicia las que motivaron a nuestros tribunales a asignar mérito indemnizatorio a un agravio que técnicamente no fue considerado por Andrés Bello a la época de la redacción del *Código Civil* –con la salvedad de lo dispuesto en el art. 2331, pero en este caso con el propósito de excluirlo expresamente–, ubicándolo dentro de una interpretación colmada en equidad de los arts. 2314 y 2329, en cuanto a la referencia sin distinciones al vocablo ‘daño’, o al de *todo daño*, respectivamente, utilizando por el codificador. Complementando, el profesor Cristián Aedo Barrera enriquece la argumentación mediante la referencia a diversas normas constitucionales que habilitan asimismo la acción indemnizatoria por daño moral¹⁰.

⁷ DOMÍNGUEZ (2000), p. 157.

⁸ BARROS (2006), p. 233.

⁹ Ana Arias Freire y otros con Municipalidad de Tirúa, rol 9196-2017 (CL/JUR/6819/2017).

¹⁰ AEDO (2006), p. 410.

Por otra parte, ha significado también un asunto relevante el análisis conceptual y dimensional del comentado perjuicio. Valoramos el trabajo de parte de la doctrina nacional por ocuparse de esta tarea, la que en términos del antes citado autor

“se trata de uno de los temas más complejos de la responsabilidad civil y que aún después de muchos años de su desarrollo, no existe consenso alguno, ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia”¹¹.

En este sentido, el profesor Enrique Barros Bourie, se manifiesta partidario por una distinción entre daño extrapatrimonial y daño moral, por cuanto

“el término ‘daño moral’ tiende a oscurecer la pregunta por el tipo de daños a que hace referencia. En efecto, la idea de un daño ‘moral’, alude sólo imperfectamente expresa otros daños no patrimoniales, como, por ejemplo, el dolor físico, la angustia psicológica o la pérdida de oportunidades para disfrutar de una buena vida”¹².

Sin perjuicio de lo anterior, gran parte de la doctrina contemporánea se manifiesta a favor de una concepción amplia del daño moral. Así, luego de una interesante argumentación, el profesor Cristián Aedo Barrena concluye que el daño moral es el

“hecho jurídico consistente en todo menoscabo, detrimento, perturbación, privación y, en general toda lesión a los intereses jurídicos, de naturaleza extrapatrimonial, con excepción de la integridad física, como interés tutelado, que configura el daño corporal”¹³.

En esta línea, el profesor Hernán Corral Talciani, comenta:

“Daño moral es todo daño no patrimonial, capaz de comprender otros menoscabos que no admiten apreciación pecuniaria directa como, por ejemplo, el daño corporal o biológico, el daño a derechos de la personalidad, el perjuicio estético o la pérdida del gusto vital”¹⁴.

A su turno, el profesor José Luis Diez Schwerter se manifiesta categóricamente contrario a la distinción entre daño moral y daño no patrimonial o extrapatrimonial, entendiendo que:

¹¹ AEDO (2006), p. 435.

¹² *Op. cit.*, p. 231.

¹³ *Op. cit.*, p. 486.

¹⁴ CORRAL (2013), p. 144.

“el daño moral consiste en la lesión a los intereses extrapatrimoniales de la víctima, que son aquellos que afectan –y aquí sigue a Santos Cifuentes– a la persona y lo que tiene la persona, pero que es insustituible por un valor en moneda, dese que no se puede medir con ese elemento de cambio”¹⁵,

y que posteriormente también recogiera la profesora Carmen Domínguez Hidalgo, indicando:

“estamos con aquellos que conciben el daño moral del modo más amplio posible, incluyendo allí todo daño a la persona en sí misma –física o psíquica–, como todo atentado contra sus intereses extrapatrimoniales”¹⁶,

y más abajo agrega:

“el daño moral estará constituido por el menoscabo de un bien no patrimonial que irroga una lesión a un interés moral por una que se encontraba obligada a respetarlo”¹⁷.

La tesis amplia de los autores antes citados se erige como alternativa a la tradicional nomenclatura del daño moral, que lo identifica con el denominado precio de las lágrimas o *pretium doloris* que difundiera el decano Arturo Alessandri Rodríguez hace algunas décadas, identificando el agravio con la “molestia o dolor que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos”¹⁸, mientras que participando de este modelo de pensamiento, el profesor René Abeliuk Manasevich, lo conceptualiza como aquel daño

“que afecta los atributos o facultades morales o espirituales de la persona. En general, es el sufrimiento que experimenta una persona por una herida, la muerte de una persona querida, una ofensa a su dignidad u honor, la destrucción de una cosa de afección, etc.”¹⁹.

Cabe destacar que el asunto debatido ha tenido también repercusión en la jurisprudencia nacional, la cual se ha inclinado por reconocer la lectura amplia del daño moral. Así, en sentencia de la Corte Suprema de 1 de junio de 2016²⁰ fueron consignados en el considerando décimo tercero algunos planteamientos

¹⁵ DIEZ (1995), p. 71.

¹⁶ DOMÍNGUEZ (2000), p. 83.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 84.

¹⁸ ALESSANDRI (2011), p. 164.

¹⁹ ABELIUK (2014), p. 295.

²⁰ Eduardo Urrejola González y otros, c. Autopista del Maipo Sociedad Concesionaria S.A., rol 10649-2015 (CL/JUR/3554/2016).

tos relativos a la amplitud que cabe al daño moral, con base en los estudios del citado profesor José Luis Diez Schwerter como de Marcelo Barrientos Zamorano. Así, el primero expone:

“un detenido análisis de nuestra jurisprudencia permite concluir que bajo el concepto de daño moral no sólo se resarce el *'pretium doloris'* sino que además los atentados a la integridad psicofísica en sí, los perjuicios estéticos, las alteraciones en las condiciones de vida, entre otros variados aspectos”²¹.

Mientras que el segundo ilustra:

“(...) si la víctima ha sufrido un daño corporal o un daño a la dignidad humana, a la libertad o a otros derechos de la personalidad, debe ser indemnizada por daño moral. Se resarce el daño no patrimonial incluso de aquellas personas allegadas a la víctima de un accidente mortal o una lesión muy grave”²².

Así las cosas, la Corte Suprema ordena, en definitiva, en el fallo y considerando indicado:

“En resumen, la doctrina y jurisprudencia prefieren ampliar la noción de daño resarcible a la lesión o afectación, sea de un derecho subjetivo reconocido formalmente, sea de un interés en la satisfacción de necesidades o bienes humanos de carácter privado. Para que éste pueda ser fundamento de un resarcimiento a título de responsabilidad civil debe ser cierto y directo con el hecho ilícito que funda la responsabilidad, todo lo que debe ser probado en el proceso”.

Otra manifestación del amplio espectro que comprende el daño moral, es la consignada en la sentencia de la Corte Suprema de 18 de octubre de 2017²³, que en su considerando octavo ordena:

“que, si bien no se encuentra en nuestra legislación un concepto unívoco de lo que se entiende por daño moral, su acepción más restringida elaborada por la doctrina se relaciona con el pesar, dolor o aflicción que experimenta la víctima y que se conoce como *pretium doloris*. Sin embargo, esta visión ha dado paso, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, a considerar una concepción más amplia de tal concepto, a fin de reparar todas las especies de perjuicios morales y no sólo el *pre-*

²¹ DIEZ (2006), p. 129 y ss.

²² BARRIENTOS ZAMORANO (2008), p. 85 y ss.

²³ Ana Arias Freire y otros con Municipalidad de Tirúa, rol 9196-2017 (CL/JUR/6819/2017).

tium doloris, toda vez que en cada una de ellas hay atentados a intereses extrapatrimoniales diversos”.

El detalle antes evocado, esto es, el relativo a la dimensión conceptual y la referencia a corrientes de amplitud o de restricción del agravio que analizamos, nos permite afirmar que el daño moral constituye una perturbación personalísima del afectado. Consecuencia de lo anterior, es precisamente que en doctrina²⁴ se formulen y expongan diversas categorías de daños extrapatrimoniales, los cuales destacan aún más la especificidad del daño moral, en el sentido de que “el ilícito afecta intereses personalísimos que se proyectan hacia lo que hemos caracterizado como la esfera íntima de la persona”²⁵. Pues bien, los indicados intereses pueden ser analizados bajo imperativos particulares, tales como la pérdida de agrado, en los afectos, en el proyecto de vida o establecimiento, en aspectos relativos a la sexualidad, entre otros²⁶.

Es por lo anterior que no sea civilísticamente coherente someter el agravio a apreciaciones *in abstracto* o susceptibles de valoración en atención a modelos ideales, generales u objetivos. De aquí que su especial naturaleza requiera necesariamente de ejercicios probatorios particulares y concretos. En este sentido, será indispensable que la víctima (o que cada una de ellas) sea considerada por el juez en su individualidad y autonomía, consideración que estará determinada por una demostración suficiente del por qué estaría habilitada para aspirar a una legítima compensación de su daño moral. Al menos así lo exige la dogmática, la seguridad jurídica e, incluso, los “principios sustanciales y procesales que sostienen y fundamentan el moderno Estado de Derecho”²⁷.

Insistimos, el daño moral debe ser probado. En razón de lo anterior, nos oponemos a aquellas posiciones que se inclinan por liberar a la víctima de un supuesto daño moral de la prueba del mismo²⁸.

Como punto de argumentación en favor de la prueba, hacemos presente el lúcido criterio declarado por la Corte Suprema en fallo de 15 de enero de 2018²⁹, el cual dispuso en su considerando quinto:

²⁴ DOMÍNGUEZ (2000), p. 441.

²⁵ RODRÍGUEZ (2003), p. 327.

²⁶ No ingresaremos en el análisis, pues escapa al objetivo de nuestro trabajo.

²⁷ CARDENAS Y GONZÁLEZ (2007), p. 217. Para los autores, el suprimir la exigencia probatoria del daño moral “equivale a desplazar la atención de la reparación del perjuicio a la conducta dañosa; lo que en última instancia exalta la función punitiva que, al menos entre nosotros se pretende excluida del sistema de responsabilidad civil” (p. 218).

²⁸ DIEZ (2002), p. 141 y ss.

²⁹ Microgeo S.A. con Ministros de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, rol: 36734-2017 (CL/JUR/269/2018).

“que, en cuanto a la demanda de indemnización de perjuicios por el daño moral, debe considerarse que aquél debe ser probado por quien lo reclama porque de acuerdo a la normativa que reglamenta la responsabilidad civil, el daño constituye un presupuesto para que ella se genere, de manera que si éste falta no hay responsabilidad. En este orden de razonamientos, quien pretenda beneficiarse con la aplicación de tal preceptiva deberá acreditar sus supuestos y uno de ellos es el daño”.

Más abajo, el indicado tribunal se hace cargo de la ausencia de eximentes en la prueba del daño, ordenando, en el considerando sexto, lo siguiente:

“que, en la misma línea de fundamentación, es preciso considerar que no hay disposición legal alguna que exima de la prueba a quien reclame el daño moral”.

Acto seguido, la Corte se pronuncia sobre los requisitos del daño indemnizable y reitera la exigencia probatoria, así en el considerando séptimo enseña:

“que además es del caso recordar que para que el daño incluso el moral sea indemnizable se requiere que sea cierto, esto es, que sea real y no hipotético. No hay otro método en nuestro ordenamiento jurídico para obtener que este requisito se cumpla, que no sea el de su demostración por los medios de prueba aceptados por la ley. En efecto, es la prueba la que garantiza que el juzgador se haya convencido acerca de la verdad de las proposiciones de las partes de un proceso”.

En fin, la argumentación concluye en el considerando octavo, en el cual se expresa que una incomodidad, por más importante que esta sea, no presenta las condiciones suficientes para tener por acreditado el padecimiento de un daño; expone la Corte:

“en efecto, la sola consideración de las contrariedades o disgustos que la situación producida pudo haber ocasionado al actor, conforme a los relatos de los testigos, no puede constituir un antecedente con aptitud bastante como para permitir estimar demostrado que efectivamente éste sufrió un daño, un deterioro, esto es, algo más que la simple molestia que puede provocar una situación desagradable, por mayor que sea ese desagrado”.

Influyentes autores nacionales se han inclinado por esta postura. En este sentido, la profesora Carmen Domínguez Hidalgo señala:

“al igual que el daño material, también requiere ser acreditado, puesto que tal exigencia de prueba no es que provenga de la naturaleza del perjuicio, sino que de principios probatorios procesales y sustantivos básicos”.

Y más abajo agrega:

“no cabe entonces introducir al respecto ninguna excepción en materia de daño moral so pena de transformarlo en un rubro indemnizatorio absolutamente arbitrario e incluso abusivo, que puede obtenerse con solo invocarlo y con ello se hace cuestionable”³⁰.

En el mismo sentido se manifiesta Hernán Corral Talciani: “como todo daño, el carácter moral de éste debe probarse”³¹; complementado luego:

“a nuestro juicio, la posición que sostiene que el daño moral no precisa de prueba es incorrecta, y desnaturaliza la función reparadora de la responsabilidad civil. El daño moral como requisito de la acción de responsabilidad debe ser acreditado legalmente. La sola transgresión de un derecho patrimonial o no patrimonial no es bastante para sostener la reparación, es necesario que se acredite que la violación ha causado un daño; una pérdida efectiva, un menoscabo de las condiciones materiales o inmateriales de la persona afectada”³².

José Luis DIEZ SCHWERTER, por su parte, ha manifestado:

“la existencia del daño moral debe ser probada por quien alegue haberlo sufrido (el actor). No existen daños morales evidentes, ni aun respecto de víctimas directas, por cuanto todo daño es excepcional y de aplicación restrictiva, no escapando a estas características el de índole moral. Su existencia, por ende, deberá ser acreditada no obstante las dificultades que ello pueda generar”³³.

Por su parte, el célebre Fernando Fueyo Laneri, a su turno, defiende la misma idea, en los siguientes términos:

“es preciso remarcar insistentemente que todo daño debe probarse, sea patrimonial, sea extrapatrimonial. El método y el objeto sobre que recae la prueba, y su extensión, serán diferentes según la clase de daño; pero ésta es una cuestión aparte y no hace excusable la prueba que se ha de rendir en todo caso. A mayor abundamiento, el daño en sí es excepcional y de aplicación restrictiva; mucho más el daño extrapatrimonial o moral. Obviamente, debe probarse...”³⁴.

³⁰ DOMÍNGUEZ (2000), p. 716.

³¹ CORRAL (2013), p. 157.

³² *Op. cit.*, pp. 160-161.

³³ DIEZ (1995), p. 127.

³⁴ FUEYO (1990), p. 106.

Por su parte, los medios de los que puede valerse el demandante son todos aquellos que la ley franquea. En este ámbito, la distinción que realizan los autores Hugo Cárdenas Villarroel y Paulina González Vergara nos parece del todo certera:

“más allá de la afirmación general de la exigencia de prueba para el establecimiento de la existencia del daño moral, nuestra jurisprudencia ha comenzado, creemos acertadamente, a establecer para estos efectos dos tipos de daños morales: a) aquellos cuya existencia puede presumirse; y b) aquellos cuya existencia debe ser acreditada mediante pruebas distintas a la de presunciones o no solo por estas”³⁵.

Así las cosas, percibimos en fallos recientes, que, en materia de daños corporales³⁶, los tribunales comúnmente presumen el daño moral propio, como aquel de las víctimas por repercusión, léase parientes cercanos.

En cuanto al daño moral derivado del agravio corporal, se ha resuelto por la Corte Suprema, en fallo de 11 de agosto de 2015³⁷, lo siguiente:

“que si bien esta Corte ha sostenido que en términos generales el daño moral, en cuanto presupuesto para que se genere la responsabilidad civil, debe ser probado por quien lo reclama, cuando el menoscabo deriva de las lesiones físicas sufridas por la víctima que demanda su reparación, se suele señalar por la doctrina y la jurisprudencia que el daño moral sería un hecho de normal ocurrencia y que, por ello su existencia puede colegirse mediante presunciones y acorde al principio de normalidad, de las circunstancias en las que ocurre el hecho, de modo tal que si el daño moral se sigue del daño corporal es posible concluir que la víctima ha sufrido un daño de naturaleza no patrimonial que debe ser reparado”.

En el mismo sentido, el citado tribunal en sentencia de 21 de febrero de 2018³⁸, ordenó en su considerando noveno:

“que en razón de los presupuestos antes expuestos, como esta Corte ya ha señalado, se debe concluir que, si bien, el daño moral debe ser acre-

³⁵ CÁRDENAS y GONZÁLEZ (2005), p. 184.

³⁶ Por nuestra parte, estimamos que el daño corporal debería obedecer a una nomenclatura de daño separado del agravio moral, punto en el que no ingresaremos en este trabajo para no desviarnos del núcleo del mismo. Sobre este punto puede verse ELORRIAGA DE BONIS (1995).

³⁷ Rubio Castro, José Marcelo con Alvi Supermercados Mayoristas S.A”, rol: 732-2015. Disponible en www.infojuris.cl/jurisprudencia-judicial-civilrecurso-de-casacion-en-el-fondo-responsabilidad-extracontractualprueba-dano-moral/

³⁸ Bernarda Olmos Bruna con M. Angélica Hernández Pino, rol 7085-2017 (CL/JUR/884/2018).

ditado para que proceda su indemnización, su demostración depende del caso concreto en que se reclama, y si su contexto se vincula con la existencia de lesiones corporales acreditadas, es menester tener en consideración que ordinariamente producen dolor físico, noción que claramente integra el concepto de daño moral y al que, además, deben añadirse las molestias propias derivadas del tratamiento médico necesario para su recuperación”.

En cuanto al daño moral padecido por víctimas por repercusión, la Corte Suprema, en sentencia de 4 de abril de 2018³⁹, en su considerando quinto expuso:

“en el caso presente, considerando las características del ser humano, su sensibilidad y sus afectos, es de presumir que el sufrimiento y riesgos de salud que soportó el menor dañado produjeron en él una angustia y un menoscabo psicológico que merece ser indemnizado”,

y más abajo:

“por esa misma explicación es presumible que la madre padeció un sufrimiento al constatar el estado de su hijo por el accidente y por las intervenciones a las que hubo de someterse como consecuencia”.

En similar espíritu se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Concepción, que, por sentencia de 22 de diciembre de 2017⁴⁰, dispuso en su considerando octavo:

“que, asimismo, cuando se trata de atentados contra la vida o la integridad física de la víctima, que afecten como en este caso a sus parientes más cercanos, como lo son los padres del menor afectado y este último por el sufrimiento directo por el daño corporal causado, es indudable que tal hecho ilícito trae consigo un dolor, un sufrimiento, angustia espiritual que, en concreto, no se necesita demostrar, por cuanto es tal la evidencia de esa aflicción en un ser normal, que el daño queda establecido así en virtud de una presunción judicial construida en base a estos hechos, que son graves precisos y concordantes”;

para referirse al principio de la normalidad en el considerando siguiente:

“que debe señalarse que el primer principio probatorio en materia civil es el denominado, en doctrina, de la normalidad y, según éste, el que alega

³⁹ María Rossi Sánchez con Colegio Academia de Humanidades, rol 12176-2017 (CL/JUR/1528/2018).

⁴⁰ Natalia Aburto Farías y otros con Municipalidad de Cabrero, rol 926-2017, disponible en www.pjud.cl.

lo normal, lo ordinario, lo común, no necesita acreditarlo, correspondiendo el peso de la prueba, al que invoca lo anormal, lo extraordinario, lo fuera de lo común. Pues bien, lo normal, lo corriente, lo ordinario, será que si un hijo menor sufre lesiones y queda con secuelas por una deficiente atención y una falta de servicio en las circunstancias graves establecidas, su grupo familiar formado principalmente por sus padres y el menor afectado, sufra aquellos daños morales, no necesitan justificar ese sufrimiento, debiendo el tribunal tenerlo por probado y regular la indemnización de acuerdo al mérito de los antecedentes, y desde luego, de manera prudencial en ausencia de baremos legales al efecto”.

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que la presunción judicial de daño, respecto de parientes de quien ha sufrido un daño corporal, no necesariamente obedece a un ejercicio ajustado al buen derecho. Lo anterior, por cuanto no bastaría con acreditar el vínculo familiar, sino que nos parece del todo conveniente que sea demostrada la cercanía afectiva en el mismo, la proximidad sentimental, en definitiva, el por qué el daño corporal padecido puede ser entendido como motivo del daño moral de un tercero o de una víctima por repercusión. Lo anterior es enseñado por el profesor Fernando Fueyo Laneri, como se indica a continuación:

“podría ocurrir, supuestamente –y así sucede a veces–, que la muerte de mi hermano no constituya en verdad un agravio a un sentimiento familiar mío, pues me llevaba mal con él, visiblemente; hasta habíamos tenido frecuentes riñas y aun pleitos escabrosos entre nosotros. Lejos de sentir un agravio, a lo mejor resultó para mí un alivio o solución dicha muerte. ¿Por qué, además, me habrían de pagar por su muerte en tales circunstancias?”⁴¹.

Lo antes expuesto nos da pie para referirnos a que el empleo de las presunciones judiciales requiere ser antecedido de una justificación pretoriana adecuada. No debe ser olvidado que el razonamiento presuntivo, si bien libera al demandante de probar, no lo libera de toda prueba. Luego, entonces, no se traduce en una total exención en la demostración, sino que, más bien, en una dispensa limitada al objeto de la prueba. En este sentido, los hechos que permiten al juez deducir o inferir el derecho que se reclama deben ser acreditados por el demandante. Es por lo anterior que estimamos que, en su sentencia, el juez debe hacerse cargo de ello y, en consecuencia, si los hechos no han sido suficientemente demostrados, no puede ser retenida ninguna presunción. Sostener lo contrario implica necesariamente desnatu-

⁴¹ FUEYO (1990), p. 107.

realizar el instrumento presuntivo y transformarlo en una fuente de ficciones de agravio. En otros términos, el autor Cristián Aedo Barrena considera que en el demandante recae una *carga primaria*, referida a “aquellos presupuestos que lo habilitan para accionar”⁴², la cual debe ser asumida exitosamente. Una vez superada,

“es posible atenuar el rigor del principio por exigencias equitativas, que pueden ser, sin embargo, ampliamente satisfechas por una adecuada valoración de la prueba”⁴³.

En esta línea también se pronuncia el profesor José Luis Diez Schwerter, para quien es necesario que cuando el tribunal utilice la prueba por presunciones resulta necesario:

- i) que ésta se base en hechos materiales debidamente probados por los medios que al respecto señala la ley;
- ii) que explique las razones que tuvo para extraer esta prueba, por cuanto ello cae dentro del deber de convicción que tiene todo juzgador (N°4 y 5 del art. 170 C.P.C. y N°4° y 5° del art. 500 del C.P.P.);
- iii) que señale expresamente el hecho de haberse utilizado este medio probatorio;
- iv) que se cumpla con las condiciones señaladas por los arts. 1712 del Código Civil y 426 del Código de Procedimiento Penal”⁴⁴.

Por su parte, el profesor Hernán Corral Talciani constata que en estos temas “la prueba por presunciones adquiere una especial relevancia”⁴⁵. Lo anterior, con el propósito de hacer presente la utilidad del razonamiento inferencial en la demostración del daño moral, la cual

“debe acomodarse a su naturaleza especial: si se alega daño corporal, debe acreditarse la pérdida que la lesión o enfermedad produce a la víctima (no es necesario acreditar dolor si la indemnización se concibe como una reparación del daño corporal, y no el *pretium doloris*); si se trata de un daño estético, debe apreciarse por el juez que efectivamente el daño es real; si se trata del dolor psíquico, la prueba deberá centrarse en la acreditación de los hechos que ordinariamente para una persona normal en la misma situación hubiera sentido”⁴⁶.

⁴² AEDO (2006), p. 509.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ DIEZ (1995), p. 147.

⁴⁵ CORRAL (2013), p. 161.

⁴⁶ *Ibid.*

A mayor abundamiento consideramos pertinente exponer las palabras del profesor Enrique Barros Bourie, quien reconoce que la prueba del daño moral derivado de lesiones corporales, se ajusta precisamente en la demostración del accidente. Sostiene el indicado profesor:

“ante todo, el daño moral que se sigue de lesiones corporales presenta la forma de una aflicción física y mental, *que tiene por causa el accidente*⁴⁷. Se trata de un daño positivo, consistente en cualquier forma significativa de sufrimiento. Comprende, por ejemplo, el dolor que se sigue directamente de las heridas y del tratamiento médico, la pérdida de autoestima de quien está físicamente desfigurado y la conciencia de la propia incapacidad. Su intensidad está dada por la naturaleza del daño y su duración. La indemnización de este tipo de daño expresa propiamente un *pretium doloris*”⁴⁸.

Una vez probada la existencia del daño, de conformidad a lo ya indicado, cabe al juez apreciar el mismo prudencialmente. Sin perjuicio de lo anterior, dicha prudencialidad no puede nublarse en arbitrariedad, de manera tal que el ejercicio pretoriano deberá dar razón del *quantum* en el cual valoró el daño irrogado. Lo anterior puede ser desprendido de una sentencia de la Corte Suprema de 20 de agosto de 2015⁴⁹:

“que es cierto que nuestros tribunales recurren a la discrecionalidad, la prudencia y la equidad en la determinación de la indemnización por daños morales, pero no lo es menos que ello debe alejarse de toda idea de arbitrariedad, injusticia o abuso, de forma que para fijar el ‘quantum’ indemnizatorio debe acudir a algunos parámetros o pautas, como por ejemplo la entidad, naturaleza y gravedad del suceso o acto que constituye la causa del daño; la clase de derecho o interés extrapatrimonial agredido; las consecuencias físicas, psíquicas o morales que derivan del daño causado, etc.”.

Es por lo señalado que la evaluación debe circunscribirse a la especial dimensión en la que interviene el agravio: la intimidad del sujeto afectado. Lo anterior lo apreciamos a la luz de lo dispuesto en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de 22 de septiembre de 2016⁵⁰, que en su considerando tercero dispuso:

⁴⁷ La cursiva es nuestra.

⁴⁸ BARROS (2006), p. 321

⁴⁹ Daniel Calvo Flores y otros con Red de Televisión Chilevisión S.A., rol 22.835-2014 (CL/JUR/4740/2015).

⁵⁰ Ana Cuminao Cayupe con María Gallegos Álvarez y otra”, rol 752/2016 (CL/JUR/6668/2016).

“que, para evaluar el daño moral, debe tenerse presente que las consecuencias del accidente se mantendrán por largo tiempo, ya que comprometió la capacidad motriz de la demandante al mismo tiempo que lo anterior, alteró su vida familiar ya que el accidente la modificó; debido a la hospitalización y rehabilitación, no ha podido dedicarse a los cuidados que su madre necesita, dejó de asistir económicamente a su hijo y a su hogar. Estuvo hospitalizada cerca de dos meses sin saber si podría volver a caminar, si podría recuperarse de sus lesiones, sin tener certeza de volver a trabajar para mantener a su familia, todo lo cual le ha ocasionado aflicción consistente en angustia, tristeza, desazón desgano y melancolía, lo que sin duda causó dolor a su familia y aumentó la angustia de la recurrente al ver frustrado su proyecto de vida, teniendo presente que al momento del accidente tenía 45 años y de ser vital y autovalente pasó a depender, en gran medida, de su grupo familiar”.

Síntesis

En relación con lo expuesto hasta aquí, podemos considerar que el daño moral implica complejidades en cuanto a su función, concepto, órbita y demostración. Todo ello implica que sea dogmáticamente incompatible su pretensión resarcitoria en bloque proyectado desde la perspectiva del derecho del consumo, tal como veremos a continuación.

II.- LA INEPTITUD DOGMÁTICA DEL DAÑO MORAL RECLAMADO A TRAVÉS DE UNA ACCIÓN COLECTIVA O DIFUSA

Como sabemos, hace unos meses fue aprobado el proyecto de ley⁵¹ que perseguía modificar la ley n.º 19496, sobre protección de los derechos de los consumidores. El indicado proyecto tenía primitivamente por objetivo, entre otras materias, fortalecer al SERNAC en sus facultades. Cabe destacar que, posteriormente, el texto acordado fue objeto de un pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional de fecha 18 de enero de 2018⁵², el cual objetó varias de las facultades representativas del indicado fortalecimiento. Sin perjuicio de lo anterior, en el texto definitivo de la ley modificatoria, en concreto, la n.º 21081 de 13 de septiembre de 2018, no fue alterada la posibilidad que corresponde a los consumidores, identificada con la posibilidad

⁵¹ *Boletín* 9369-03. Disponible en www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9783

⁵² Rol 4012-17. Cita en línea disponible en <https://jurisprudencia.vlex.cl/vid/701318209>

de demandar el daño moral en la órbita de acciones colectivas o difusas⁵³. Es en este preciso ámbito en el cual pretendemos ingresar en esta parte de nuestro trabajo.

Es del caso mencionar que la ley n.º 19.496 opone las acciones individuales a las colectivas y a las difusas. Así, el legislador bajo el título IV de la ley, denominado “Del procedimiento a que da lugar la aplicación de esta ley y del procedimiento para la defensa del interés colectivo o difuso”, redactó el art. 50, que en sus incisos 4º, 5º y 6º define a las acciones de interés individual, colectivo y difuso, en los siguientes términos:

“son de *interés individual* las acciones que se promueven exclusivamente en defensa de los derechos del consumidor afectado. Son de *interés colectivo* las acciones que se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados con un proveedor por un vínculo contractual. Son de *interés difuso* las acciones que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados en sus derechos”⁵⁴.

Vinculando los conceptos antes expuestos con el daño moral, objeto de nuestro estudio, nos parece relevante recordar que el n.º 2 del art. 51, ubicado en el párrafo relativo al “Procedimiento especial para protección del interés colectivo o difuso de los consumidores”, ordenaba tajantemente: “las indemnizaciones que se determinen en este procedimiento, *no podrán extenderse al daño moral sufrido por el actor*”⁵⁵.

La modificación normativa alteró dicha exhortación, pues se reemplaza el n.º 2 antes señalado por el siguiente:

“Sin perjuicio de los requisitos generales de la demanda, en lo que respecta a las peticiones relativas a perjuicios, bastará señalar el daño sufrido y solicitar la indemnización que el juez determine, conforme al mérito del proceso, la que deberá ser la misma para todos los consumidores que se

⁵³ En cuanto a las ventajas derivadas de la sanción de acciones colectivas o difusas, cfr. AIMONE (2013), p. 176; en cuanto al fundamento de las acciones colectivas o difusas, cfr. CORTEZ (2004), p. 70; en cuanto a la noción de intereses supraindividuales, objeto de protección de las acciones colectivas o difusas, cfr. AGUIRREZABAL (2006), p. 145 y ss. En cuanto a la limitación de dominios de que puede ser objeto una acción colectiva en Chile, cfr. CORRAL (2013), p. 391; en cuanto a la distinción relativa a los intereses colectivos y difusos, cfr. RODRÍGUEZ (2015), p. 113; AGUIRREZABAL (2014), p. 15; SANDOVAL (2004), p. 159; en cuanto a la cuestionable pertinencia indemnizatoria de vulneraciones a intereses difusos, cfr. BARRIENTOS CAMUS (2017), p. 22; DE LA MAZA (2017).

⁵⁴ Las cursivas son nuestras.

⁵⁵ La cursiva es nuestra.

encuentren en igual situación. Con este fin, el juez procederá de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 53 A. No habrá lugar a la reserva prevista en el inciso segundo del artículo 173 del Código de Procedimiento Civil.

Las indemnizaciones que se determinen en este procedimiento podrán extenderse al daño moral siempre que se haya afectado la integridad física o síquica o la dignidad de los consumidores. Si los hechos invocados han provocado dicha afectación, será un hecho sustancial, pertinente y controvertido en la resolución que reciba la causa a prueba.

Con el objeto de facilitar el acceso a la indemnización por daño moral en este procedimiento, el Servicio pondrá a disposición de los consumidores potencialmente afectados un sistema de registro rápido y expedito, *que les permita acogerse al mecanismo de determinación de los mínimos comunes reglamentados en los párrafos siguientes.* Lo anterior, sin perjuicio del ejercicio del derecho consagrado en el párrafo 4°.

En la determinación del daño moral sufrido por los consumidores, el juez podrá establecer un monto mínimo común, para lo cual, de oficio o a petición de parte, podrá ordenar un peritaje, sin perjuicio de poder considerarse otros medios de prueba. Dicho peritaje será de cargo del infractor en caso de haberse establecido su responsabilidad. De no ser así, se estará a lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 411 del Código de Procedimiento Civil.

En caso de que se estableciere un monto mínimo común, aquellos consumidores que consideren que su afectación supera dicho monto mínimo podrán perseguir la diferencia en un juicio posterior que tendrá como único objeto dicha determinación, sin que pueda discutirse en él la procedencia de la indemnización.

Este procedimiento se llevará a cabo ante el mismo tribunal que conoció de la causa principal, de acuerdo a las normas del procedimiento sumario, en el que no será procedente la reconvencción; o ante el juzgado de policía local competente de acuerdo a las reglas generales, a elección del consumidor.

El proveedor podrá efectuar una propuesta de indemnización o reparación del daño moral, la que, de conformidad a los párrafos anteriores, considerará un monto mínimo común para todos los consumidores afectados. *Dicha propuesta podrá diferenciar por grupos o subgrupos de consumidores, en su caso, y podrá realizarse durante todo el juicio*" (el resaltado y las cursivas son nuestras).

La pregunta que cabe formularse, entonces, es la que sigue: ¿resulta dogmáticamente sostenible la interposición de acciones colectivas que persiguen la reparación del daño moral de los involucrados bajo la órbita de la misma?, o, en otras palabras, ¿la reforma legal es coherente respecto de las consideraciones que sobre el daño moral hemos hecho referencia más arriba? Creemos que no.

El daño moral es un agravio que dispone de una entidad particular. De aquí que su dimensión resarcitoria, íntimamente subjetiva, resulte incompatible a la naturaleza de una acción colectiva, y más aún con una de corte difuso. Insistimos, el daño moral requiere de prueba, así su valoración compensatoria, muy extrañamente, puede ser entendida como monetariamente semejante al daño de otra persona. Es por ello que no cabe, una valoración del daño moral en clave colectiva. Estimar lo contrario, es considerado por el profesor Aldo Molinari Valdés⁵⁶, como artificial y contraintuitivo. Nos sumamos a su planteamiento.

En conformidad a lo anterior, nos sumamos al cuestionamiento del profesor Hernán Corral Talciani, respecto de la referencia al *monto mínimo común*, que incluso puede ser previsto por el proveedor, y que puede ser entendido como una base, sobre la cual los afectados puedan demandar un incremento, en caso de sentirse vulnerados en una entidad mayor a dicho mínimo. Dicha doctrina ha criticado el silencio del legislador en cuanto a los factores de atribución del indicado marco mínimo común. En efecto, es dejada a la prudencia del tribunal argumentar que este podría ser proyectado a la luz de categorías de edades, estado de salud, sensibilidad psicológica, por clase social o situación económica, por lugar de residencia, por pertenencia a una etnia o diversidad cultural, entre otros, lo cual bien puede ser entendido como contradictorio con el principio de la reparación integral del daño⁵⁷.

Consideramos que la obligada valoración global de los daños, resuelve el problema resarcitorio en bloque, en forma estandarizada, ignorando que dentro de una misma categoría de víctimas la intensidad en el agravio puede ser percibida de forma diferenciada. Aquello no debe desconocerse, y la ley no puede pasar por sobre la pureza de las instituciones, *so pena* de desnaturalizarlas.

En sentido de lo expuesto, el antes citado profesor Hernán Corral Talciani es claro en afirmar:

“esta consecuencia implicaría un retroceso frente a lo que propicia la doctrina en el sentido de que el daño moral sea objeto de prueba y que se evite la arbitrariedad judicial en la fijación de las indemnizaciones de daños morales, con condenas en globo que convierten muchas veces su indemnización en una especie de sanción (como los daños punitivos del sistema anglosajón) que desnaturaliza su función reparatoria”⁵⁸.

Por otra parte, consideramos que perseguir la reparación del daño moral a través de acciones colectivas se opone, incluso, al fundamento mismo

⁵⁶ MOLINARI (2018), p. 516.

⁵⁷ CORRAL (2017).

⁵⁸ CORRAL (2014).

del texto modificatorio. De hecho, el daño moral es planteado subjetivamente, determinado –como se dijo– en razón de vulneraciones a la integridad física, psíquica o a la dignidad de los consumidores. Lo que sucede, sin embargo, es que dicho fundamento es operativamente incapaz de hacerse valer mediante el vehículo procesal considerado por la ley. Cuestión que resume lúcidamente Hernán Corral Talciani, al señalar que “el daño moral, incluso concebido más ampliamente que el tradicional *pretium doloris* (...) se resiste a cualquier forma de colectivización”⁵⁹.

Desde otra perspectiva, la profesora Francisca Barrientos Camus enseña con lucidez:

“en efecto, la reglamentación nos lleva a pensar que, en verdad, no se regula el ‘daño moral colectivo’, entendido como un interés que pertenece a la colectividad considerada como un todo (v.gr. indemnizaciones a pueblos, comunidades, agrupaciones, etc.); sino que, más bien, estaríamos frente a *intereses individuales homogéneos* (la sumatoria de los intereses individuales de los sujetos determinados que componen una colectividad afectada). Y si la naturaleza del perjuicio indemnizatorio se mide por la lesión a la integridad física o psíquica o a la dignidad de los consumidores ¿quién está mejor en posición para decir cómo y cuándo dichos consumidores sufren daño moral? Parece ser que, precisamente, sería cada consumidor afectado quien se encontraría en la mejor posición para acreditar sus propios perjuicios morales”⁶⁰.

La distinción abordada por la antes señalada profesora, es similar a la cual sobre la que se pronuncia el profesor Aldo Molinari Valdés, quien separa entre daños individuales plurales de los colectivos propiamente tales. Para el autor, los primeros, surgen de

“aquellos casos en que un hecho dañoso o varios hechos dañosos relacionados entre sí afectan a múltiples personas, en cuanto el daño se repite o replica en cada uno de los individuos que forman parte del grupo. Consisten, entonces, en los daños sufridos por víctimas plurales (y a continuación cita a Matilde Zavala de González) ‘a raíz de un mismo hecho lesivo, cada una de las cuales ha sido lesionada en un interés subjetivamente diferenciable, aunque sea de índole objetiva más o menos similar’. Como puede notarse, en todos estos casos, el interés afectado sigue siendo individual, no obstante que el mismo se repita –con mayor o menor intensidad– en el resto de los integrantes del grupo”⁶¹.

⁵⁹ CORRAL (2017).

⁶⁰ BARRIENTOS CAMUS (2017).

⁶¹ MOLINARI (2018), p. 517.

El daño colectivo propiamente tal, corresponde en cambio a aquel en que

“el interés afectado no es individual sino que es de carácter colectivo y, en nuestra opinión, solo en este caso debiera hablarse de ‘daños colectivos’. En este sentido, el daño colectivo no se determina por el número de personas involucradas por el evento dañoso, sino por la naturaleza del interés afectado, el que corresponde a un interés grupal o colectivo”⁶².

De lo expuesto, apreciamos que el texto modificatorio, incorpora bajo la órbita de una acción colectiva, daños individuales plurales (siguiendo la nomenclatura de Aldo Molinari Valdés), valorándolos in abstracto colectivamente, cuestión que es *dogmáticamente incompatible con la naturaleza subjetiva del daño moral*.

Sin perjuicio de lo anterior, una concepción de daño que, si bien es de naturaleza extrapatrimonial, su apreciación obedece a un ejercicio *in abstracto* por presentar este un real carácter colectivo, es aquel en que efectivamente lo vulnerado es una entidad compuesta por intereses convergentes, que componen una corporalidad *sui generis* y que es desprovista de intereses subjetivos. Siguiendo a un autor francés, a falta de definición legal, solo es posible desprender las características conceptuales de este daño mediante una interpretación a contrario. Así, no es un daño consistente en la sumatoria de daños padecidos a título individual, se trata más bien de la “violación de un interés que es común a cada miembro de un grupo, pero que trasciende el interés individual de cada uno”⁶³. Es lo que se denomina derechamente como daño colectivo, el cual puede ser objeto de una acción especial, la cual definitivamente no ha sido considerada por la ley modificatoria.

Contribuyendo a la base dogmática del daño colectivo, se detectan opiniones formuladas por la doctrina argentina. Así, en un trabajo bastante ilustrador, completo en bibliografía, Agustín Álvarez –con el propósito de comentar un fallo denominado “Casa Millán”⁶⁴– expone: “El daño colectivo

⁶² MOLINARI (2018), p. 521.

⁶³ DREVEAU (2011), p. 249.

⁶⁴ Según se lee en el trabajo del citado profesor, la sentencia se pronunció respecto de una acción de preservación del patrimonio cultural-histórico, deducida por Defensora del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El objetivo de la acción era evitar la demolición de la “Casa Millán”, mediante la interposición de una orden de no innovar, cuyo efecto se extendería hasta que se dictase una declaración de “Área de Protección Histórica”, cuestión que no pudo ser evitado. Finalmente se pidió y se ordenó la indemnización de un daño moral colectivo en beneficio de la comunidad, condenándose al gobierno de Buenos Aires como a la empresa constructora encargada de la demolición (aun cuando dicha empresa era propietaria del inmueble y fue demostrado que no se le notificó válidamente de la medida cautelar).

se trata de un daño supraindividual que no consiste en la suma de daños individuales”, y más abajo

“Lo colectivo tiene sustancia propia y autónoma. El elemento colectivo no es una realidad numérica o cuantitativa, sino cualitativa. No se trata de una adición de elementos individuales, sino que se trata de una sustancia distinta, una sustancia colectiva”⁶⁵.

Por su parte, otra autora trasandina, Matilde Zabala de González, se refiere al origen del daño colectivo en los siguientes términos:

“en anteriores concepciones, ofuscadas por el individualismo, pareciera que ciertos bienes, por ser de todos o de muchos, no son de nadie. Por eso, quedaban sin protección cabal, pese a que gran cantidad de personas o toda la comunidad estaban interesadas en su preservación. Los árboles no dejaban ver el bosque: se tutelaba cada ‘árbol’ (sujeto), pero no el sistema como tal (el ‘bosque’, conjunto aglutinado de sujetos). En la actualidad, la masificación y propagación de los peligros, así como su carácter diluido e imbricado, exigen un cambio de enfoque, en cuya virtud el derecho de daños se ocupe no sólo de lo ‘mío exclusivo’, sino también de lo ‘mío y de otros’: ‘lo nuestro’”⁶⁶.

La misma autora se detiene en la particularidad de esta naturaleza de agravio, indicando:

“el perjuicio colectivo es único, aunque expandido entre los sujetos, a los cuales llega indivisiblemente por la inserción en el conjunto, a raíz de una calidad común y significativa en el contexto lesivo: por padecer sida, por habitar en un cierto lugar, por pertenecer a una determinada raza o nacionalidad, por ejercer una específica función o actividad profesional”⁶⁷.

Luego, por vía de habitar en una zona determinada, podría entonces ser invocada la petición de resarcimiento derivado de la destrucción negligente o dolosa de monumentos. En este sentido, puede revisarse el juicio Municipalidad de Tandil con Transportes La Estrella S.A y otro⁶⁸, en cuyo mérito se condenó a una empresa de locomoción colectiva por la destrucción parcial de la fuente Las Nereidas, provocado por el impacto de un bus de la empresa demandada. La condena fue dictada en beneficio de la comunidad, por cuanto

⁶⁵ ÁLVAREZ (2010). En el mismo sentido MOLINARI (2018).

⁶⁶ ZABALA DE GONZÁLEZ (1999), p. 147.

⁶⁷ *Op. cit.*, p. 146.

⁶⁸ ÁLVAREZ (2010).

el deterioro afectó los derechos de uso, goce y disfrute del monumento a los habitantes de la comuna.

Síntesis:

El derecho del consumo en su lícito afán por disminuir las diferencias entre proveedores y consumidores, pasa a llevar a través de la figura estudiada, aspectos fundamentales del daño moral. El carácter subjetivo de la partida de daño referida, se opone dogmáticamente a su reflexión desde un criterio colectivo.

NOTA FINAL

El daño moral es un daño impregnado de complejidad. El calificativo deriva de la vulneración a intereses subjetivos en los que se identifica el agravio. Este debiendo siempre ser abordado desde una aproximación particular de todo afectado, resulta incompatible con el modelo de la acción colectiva o difusa formulada por el legislador consumerista.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK MANASEVICH, René (2014): *Las obligaciones* (Santiago, Thomson Reuters-La Ley).
- AEDO BARRENA, Cristián (2006): *Responsabilidad extracontractual* (Santiago, Librotecnia).
- AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite (2006): "El procedimiento de intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios en la ley 19.496, en Jorge BARAONA y Osvaldo LAGO (eds.) *La protección de los derechos de los consumidores en Chile, Aspectos sustantivos y procesales luego de la reforma contenida en la Ley 19.955 de 2004*", Cuadernos de Extensión Jurídica, Universidad de los Andes, N° 12, pp. 143-174.
- AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite (2014): *Defensa de los consumidores y acceso a la justicia: un análisis del procedimiento colectivo en la legislación chilena* (Santiago, Thomson Reuters).
- AIMONE GIBSON, Enrique (2013): *Protección de los derechos del consumidor* (Santiago, Legal Publishing Chile-Thomson Reuters).
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2011): *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ÁLVAREZ, Agustín (2010): "El daño moral colectivo comentario al fallo [Casa Millán]", en *Academia Nacional de Derecho*. Disponible en <http://secretarias.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/el-dano-moral-colectivo>

- BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2017): “Los principales problemas de las indemnizaciones de perjuicios de los consumidores y las nuevas normas de la ley de fortalecimiento del Sernac”, en *Boletín especial Proyecto de ley de fortalecimiento del Sernac y las Asociaciones de Consumidores*, ADECO-Academia de Derecho y Consumo: pp. 20-24.
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2017): “Proyecto de ley del Sernac ¿regulación de los daños morales colectivos o un colectivo de daños morales individuales?”, en *La Ley al Día*. Disponible en www.laleyaldia.cl/?p=2102
- BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo (2008): “Daños por accidente vehicular en carretera concesionada ruta 5 sur tramo Talca-Chillán”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, n. ° 1: p. 85 y ss.
- BARROS BOURIE, Enrique (2006): *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo y Paulina GONZÁLEZ VERGARA (2007): “Notas en torno a la prueba del daño moral: un intento de sistematización”, en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad Pontificia Bolivariana*, vol. 37, n. ° 106: pp. 213-237.
- CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo y Paulina GONZÁLEZ VERGARA (2005): “Notas sobre el daño moral: concepto, prueba y evaluación en una reciente sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 12, n. ° 2: pp. 181-189.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2014): *Daño moral y juicios colectivos en defensa del consumidor*. Disponible en <https://corraltalciani.wordpress.com/tag/interes-colectivo-o-difuso/>
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2013): *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (2ª ed., Santiago, Thomson Reuters).
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2017): *Reforma del Sernac y daño moral en procesos colectivos*. Disponible en <https://corraltalciani.wordpress.com/2017/10/15/reforma-del-sernac-y-dano-moral-en-procesos-colectivos/>
- CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo (2004): *El nuevo procedimiento regulado en la ley n. ° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores* (Santiago, LexisNexis).
- DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo (2017): “Una pregunta interesante”, en *El Mercurio Legal*, 2017. Disponible en www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2017/11/17/Una-pregunta-interesante.aspx?disp=1
- DIEZ SCHWERTER, José Luis (2006): “La resarcibilidad del daño no patrimonial en Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador: del modelo de Bello a nuestros días”, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, n. ° 219-220: p. 129 y ss.
- DIEZ SCHWERTER, José Luis (1995): *El daño extracontractual ante la jurisprudencia. Comentarios* (Concepción, Fondo de Publicaciones U. de Concepción).

- DIEZ SCHWERTER, José Luis (2002): *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2000): *El daño moral* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo I.
- DREVEAU, Camille (2011): “Réflexions sur le préjudice collectif”, in *RTD Civ.*, Dalloz, Paris.
- DURRY, George (2010): *Responsabilité civile et assurances* (Paris, LexisNexis) Dossier 14, n.º 3.
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (1995): “Configuración, consecuencias y valoración de los daños corporales”, en *Cuadernos Jurídicos*, n.º 1. Universidad Adolfo Ibáñez,
- FUEYO LANERI, Fernando (1990): *Explicaciones de derecho civil moderno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- MOLINARI VALDÉS, Aldo (2018): “Improcedencia del daño moral como categoría de afectación al interés colectivo frente al reconocimiento del daño punitivo”, en *Estudios de derecho civil XIII*, Thomson Reuters, UDP: pp. 515-532
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2015): *Derecho del consumidor: estudio crítico* (Santiago, Thomson Reuters).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2003): *Responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2004): *Derecho del consumidor: protección del consumidor en la Ley 19.496, de 1997, modificada por la Ley n° 19.955 de 14 de julio de 2004, y en la legislación comparada* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ZABALA DE GONZÁLEZ, Matilde (1999): *Los daños morales colectivos*. Disponible en www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/72-73-74/los-danos-morales-colectivos.pdf

LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA
EN EL DERECHO CIVIL CHILENO Y ESPAÑOL:
REVALUACIÓN DE CRITERIOS
DOCTRINALES Y PROPUESTAS

THE EXTINCTIVE PRESCRIPTION
IN CHILEAN AND SPANISH CIVIL LAW:
REVALUATION OF DOCTRINAL
CRITERIA AND PROPOSALS

*Jaime García Escobar**
*Christian Montt Apablaza***

RESUMEN: El presente trabajo aborda diversos criterios normativos y jurídicos de la prescripción extintiva general, centrando su mirada en la legislación chilena y española como cuerpos legales para analizar el contenido general de la prescripción en ambos países y establecer comparaciones analíticas y criterios de evaluación mediante el cotejamiento de ambos cuerpos normativos y doctrinales. Finalmente, se pretende entregar al lector una reevaluación de ciertos aspectos de la institución chilena de prescripción extintiva tradicional, entregando un criterio doctrinal moderno para futuros cambios o reformas legislativas a considerar.

PALABRAS CLAVE: Prescripción extintiva - Legislación española - *Dies a Quo*.

ABSTRACT: The present work addresses various normative and legal criteria of the general extinctive prescription, focusing its attention on the Chilean and Spanish legislation as legal bodies to analyze the general content of the prescription in both countries and establish analytical comparisons and evaluation criteria through the collation of both normative and doctrinal bodies. Finally, it is intended to give the reader a reassessment of certain aspects of

* Jaime García Escobar, jaime.garcia@jaimegarcia.cl

** Christian Montt Apablaza, cmontt@ccia.cl

the Chilean institution of traditional extinction prescription, providing a modern doctrinal criterion for future changes or legislative reforms to consider.

KEYWORDS: Extinctive Prescription - Spanish Legislation - *Dies a Quo*.

INTRODUCCIÓN

En el derecho comparado europeo del siglo XXI se han producido diversas reformas en torno a la prescripción, tales como el *Código Civil* de Cataluña, aprobado por la ley 29/2002 y la ley 25/2015, que reforma varias normas civiles de la legislación española; en Alemania la reforma a la ley civil de 2001; en Francia la ley 2008-561, entre otras. Todas estas reformas y modificaciones normativas se han referido en mayor o menor medida a aspectos centrales de la prescripción extintiva, observándose una nueva estandarización en el derecho europeo respecto a esta institución, donde los últimos veinte años se ha encontrado en boga lo referente a la prescripción extintiva, su objeto, aspectos, criterios y alcances que deben ser definidos e instaurados en cada ordenamiento según sus necesidades propias, no obstante, cumplir siempre con su fundamento. Es por ello, que en el presente trabajo se expondrá un análisis comparativo general de ciertos aspectos de la prescripción extintiva según normativa y doctrina chileno-española, desarrollando específicamente los semblantes que a nuestra consideración resultan fundamentales en el derecho civil a través de los cuerpos normativos y desarrollos teóricos y jurisprudenciales más relevantes, estableciendo de esta forma una estructura y objeto de la prescripción extintiva, las herramientas que utiliza y los criterios aplicables en cada país. Con esto, crear una imagen generalizada de la concepción planteada a raíz de la prescripción extintiva y sus particularidades en cada ordenamiento jurídico, con la finalidad de esbozar a través del análisis comparativo de la prescripción extintiva, una reevaluación de los aciertos y posibles desaciertos de las concepciones y contenidos doctrinales tradicionales de la prescripción extintiva de nuestro país, para poder proponer ciertas modificaciones que actualicen y zanjen distintas problemáticas teóricas y prácticas en la prescripción extintiva.

I. LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

La prescripción en Chile se encuentra establecida en el título XLII del libro IV, sobre “La prescripción”, definiéndola el artículo 2492 del *Código Civil*, previendo:

“Es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales”.

En su primera parte, la normativa hace referencia a la prescripción adquisitiva o usucapión y, en su segunda, menciona la prescripción extintiva o liberatoria. Si bien se encuentran definidas conjuntamente en nuestra legislación, poseen profundas diferencias, fundadas en su naturaleza jurídica.

Podríamos conceptualizar la prescripción adquisitiva, como aquel modo de adquirir las cosas ajenas por haberse poseído las cosas durante cierto tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales, y a la prescripción extintiva, como aquel modo de extinguir las acciones y derechos ajenos por no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso, y concurriendo los demás requisitos legales. Al ser contemplada de esta forma por el legislador chileno, se regula la prescripción como una generalidad, estableciendo conjuntamente la prescripción como modo de adquirir el dominio y otros derechos reales, con la extintiva o liberatoria, que es un modo de extinguir las acciones y derechos ajenos¹.

El legislador prefirió, siguiendo el *Código Civil* francés, regular la prescripción utilizando términos generales, al ser evidente que existen elementos comunes, como son el transcurso de tiempo y su alegación, sin embargo, requieren cierta actitud diferenciadora en ambas prescripciones, al requerir una situación de hecho como la posesión, esto es, la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño (artículo 700 del *Código Civil* chileno), se le exige una actitud activa de parte del prescribiente, siendo el tiempo la consolidación del derecho del mismo; en cambio, para extinguir el derecho o acción, solo se requiere la inactividad del acreedor, esto es, la existencia de una actitud pasiva durante el transcurso temporal exigido por la ley². De esta forma, es evidente que existen diversos aspectos comunes y diferenciadores de ambas prescripciones, fundados en su finalidad y naturaleza jurídica.

La norma se refiere a dos clases de prescripción formando o aparentando una sola, comúnmente se ha precisado que al ser adquisitiva para uno es extintiva para otro, es decir, son dos lados de una misma moneda³, de esta forma se hace referencia a una tesis unitaria de la prescripción, no obstante, también es correcto afirmar que ambas clases de prescripciones tienen

¹ ABELIUK (1993), p. 994.

² DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2004), p. 22.

³ GIORGI (1930), p. 321.

aspectos distintivos, pudiendo analizarse como dos instituciones separadas, teniendo una la finalidad de adquirir un derecho real y, la otra, de extinguir o perder un derecho personal, siendo marcada la diferenciación, incluso, en su regulación, constituyendo, de esta forma, una tesis dualista de la prescripción, como es en el caso de la legislación alemana.

En atención a esas diferencias tan marcadas, se ha sostenido que el *Código Civil* chileno debería regular las prescripciones tanto extintiva como adquisitiva en libros específicos, esto es, en relación con la prescripción adquisitiva, ser regulada en el libro II, “De los derechos reales y su adquisición”, en cambio, la prescripción extintiva, en el libro IV, “De los modos de extinguir las obligaciones”⁴. Teniendo correlación con la denominada tesis dualista, al observar las diferencias existentes entre ambas instituciones anteriormente referidas, incluso, señalando algunos que la sistematización del *Código* chileno es anormal⁵.

En materia de codificación internacional de los tipos de prescripción, podemos señalar como adherentes de la tesis dualista al *Código Civil* alemán, al *Código* suizo, al *Código* italiano, el *Código* peruano, el *Código* paraguayo, el *Código* brasileño, entre otros.

Respecto de estas dos tesis en la reglamentación de la prescripción, Ramón Domínguez Águila establece una conclusión esclarecedora a la que adherimos totalmente, al indicar:

“Parece pues más lógico un criterio pragmático que reconoce elementos que permiten un tratamiento común y otros diferenciadores. Las tesis unitarias o dualistas son extremas y además ambas igualmente infundadas e inútiles desde el punto práctico-legislativo. En efecto, por sus diferencias es imposible una reglamentación única que no termine distinguiendo entre ellas; pero además, por sus semejanzas, una reglamentación separada obliga a referencias recíprocas y a repetir, en definitiva, lo que, bajo el título ‘De la prescripción en general’ tratada en nuestro Código y que se conoce como reglas comunes a toda prescripción”⁶.

En España la prescripción extintiva se encuentra regulada bajo la sección “de prescripción”, previsto en el *Código Civil* español en sus artículos 1930 a 1975 del título XVIII del libro cuarto, regulando dos instituciones jurídicas que el único componente que comparten es el elemento de temporalidad establecido por ley, estableciendo disposiciones de regulación general que se

⁴ ALESSANDRI (1988), p. 473.

⁵ DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2004), p. 28. En la que hace referencia a lo planteado por HINESTROSA (2000), respecto al código colombiano.

⁶ DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2003), p. 30.

encuentran en los artículos 1930 a 1939, reglas correlativas a la prescripción del dominio y demás derechos reales, encontradas en el artículo 1940 a 1960, y reglas de la prescripción de acciones que se encuentra prevista en el artículo 1961 a 1975, no obstante, las otras normas determinadas en el propio *Código* o en las leyes especiales que impongan materias y reglas de prescripción.

De forma similar a la legislación chilena, la prescripción extintiva puede definirse como un modo de extinguir los derechos y las acciones, de cualquier clase que sea y en perjuicio de toda persona, de la manera y condición que establece la ley, y de igual forma es regulada de conjuntamente la prescripción adquisitiva o usucapión y la prescripción extintiva, exponiendo de la misma forma una teoría unitaria en el tratamiento legislativo.

En razón de su proceso histórico puede vislumbrarse el tratamiento unitario de la prescripción, así trazado de manera concisa y clara por el catedrático Pedro De Pablo Contreras, el que esbozaremos a continuación⁷:

- A) La primera figura en aparecer, en el derecho romano clásico, es la *usucapio*, que inicialmente era una forma de consolidar una propiedad adquirida defectuosamente (porque quien la transfirió no era dueño, o porque se trataba de una *res Mancipi* y se transfirió sin forma solemne requerida de la *Mancipatio* o la *in iure cesio*) por medio de la posesión no interrumpía del bien durante un año, si era mueble, o durante dos, si era inmueble. Esa posesión del *usucapiante* tenía que ser una posesión civil, esto es, con intención de comportarse como propietario y de buena fe, o sea, desconociendo el poseedor que la cosa pertenecía a otro; y esta además precisa la existencia de una justa causa que justificara la usucapión, es decir, un acto o contrato con aptitud como tal para transferir el dominio.
- B) Como la *usucapio* era un modo adquisitivo de derecho civil, solo regía en Roma y para los ciudadanos romanos, por lo que el derecho pretorio vio la necesidad de crear una figura semejante para las provincias, surge así la llamada *longi temporis praescriptio*, en cuya virtud quien hubiera poseído sin perturbación durante diez años (o veinte si el propietario vivía en una ciudad distinta), con buena fe y justa causa, podía obtener eficazmente a la reclamación del propietario. Se trata, como se ve, de un simple medio de defensa, esto es, de una excepción procesal; el prescribiente no adquiere la propiedad de la cosa y, por eso, si pierde la posesión, carece de acción para reivindicar aquella en un tercero poseedor, pero mientras mantenga la posesión puede repelerla acción ejecutiva del dueño frente a él.

⁷ DE PABLO *et al.* (2008), pp. 293-295.

- C) Aparte de los efectos sobre la acción reivindicatoria –que compete al propietario de contra el poseedor que no lo es para recuperar la posesión– de la *usucapio* y de la *longi temporis praescriptio*, las demás acciones se consideraron perpetuas hasta que Teodosio II, en el año 424 d.C, sancionó la regla de que todas –tanto las reales (nacida de los derechos de esta clase) cuanto las personales (derivadas de los derechos de crédito)– quedaban sujetas a un plazo general de prescripción de treinta años.
- D) Justiniano unifica y funde todas estas figuras innovando su régimen jurídico de las siguientes maneras:
- a) El término ordinario de prescripción, concebida como un medio de defensa del demandado frente a la reclamación del adversario, es el teosiano de treinta años, el cual se aplica a todas las acciones, reales y personales, excepción hecha de aquellas para las que se prevea un término específico y de las que, excepcionalmente, se consideran imprescriptible.
 - b) En relación con la acción real reivindicatoria:
 - i) tribuye un doble efecto, de modo de adquirir la propiedad (como ocurría con la *usucapio* clásica) y, a la vez, de medio de defensa del demandado frente a la reclamación del dueño (como ocurría antaño en la *longi temporis praescriptio*), a tres fenómenos distintos: primero, el derivado de la posesión con justa causa y buena fe de las cosas muebles durante tres años, al que Justiniano llama *usucapio*; segundo, el derivado de la posesión con justa causa y buena fe de los bienes inmuebles durante diez o veinte años, según sea *inter presentes* o *inter absentes*, lo que recibe el nombre de *longi temporis praescriptio* o *exceptio longi temporis* y, tercero, el derivado de la posesión con buena fe, más sin necesidad de justa causa, durante treinta años, fenómeno conocido como *longissimi temporis praescriptio*.
 - ii) En cambio, atribuye el único y exclusivo efecto de ser una excepción o medio de defensa del poseedor demandado frente a la reclamación del propietario a la posesión de treinta años con mala fe, a la que denomina *exceptio triginta annorum*.
 - c) Las demás acciones reales prescriben en el plazo general de treinta años, a no ser que en menos tiempo el propietario hubiera adquirido –por *usucapio* o *longi temporis praescriptio*– la libertad del fundo (*usucapio libertatis*), si bien:
 - i) en el caso de la servidumbre, los textos sustituyen la prescripción de la acción confesoria –la que tiene si titular frente al dueño para hacer valer su derecho– por un fenómeno distinto, cual

- es la pura y simple extinción del derecho por falta de uso del mismo durante los plazos de diez o veinte años (entre presentes o ausentes, respectivamente) de *longi temporis praescriptio* y,
- ii) la acción hipotecaria intentada contra el deudor o sus herederos tiene plazo especial de prescripción de cuarenta años.
- E) El esquema contenido en el *Corpus Iuris* (que reproduce en España, las *Partidas*) va a verse profundamente alterado en los siglos medievales, por el influjo del derecho canónico, el cual, en el Concilio IV de Letrán (año 1215), impugna por razones morales el criterio romano e impide toda clase de prescripción con mala fe, inicial o sobrevenida: en todo caso, la prescripción requiere de la buena fe del prescribiente continuada y no interrumpida durante todo el tiempo establecido por la ley en cada caso. La aplicación de este criterio del derecho civil supuso, como es obvio, la desaparición de la *exceptio tringinta annorum*, simple medio de defensa del demandado –poseedor de mala fe– frente a la reclamación del dueño, dejando tan solo subsistente los demás supuestos previstos en el *Corpus Iuris* y haciendo que todos los casos de prescripción de la acción reivindicatoria fueran, a la vez, una excepción y un modo de adquirir la propiedad.
- F) Por último, la tendencia de secularización jurídica que alcanza su punto culminante en los siglos XVIII y XIX impugnará definitivamente el criterio canónico, admitieron la prescripción con mala fe. Pero los siglos de identificación entre excepción y modo de adquirir el dominio han dejado ya para siempre su impronta: es así como surge al mundo del derecho la llamada *usucapio* extraordinaria (adquisitiva) de treinta años con mala fe, apoyada unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia –pese a contradecir inequívocamente su tenor literal– en los textos (en el caso español, *Partidas* 3,29,21) que contemplaban, exclusivamente, la antigua *exceptio tringinta annorum* (con efecto, como sabemos, tan solo de mera excepción).

Teniendo presente la evolución histórica que ha tenido la prescripción española, es que se vislumbra la formación unitaria de la prescripción y su instauración en el tiempo, desde la unificación de Justiniano a la regulación del *Código Civil* español en sus artículos 1930 a 1975. Se conjugan en la prescripción la aludida usucapición, esto es, el modo de adquirir la propiedad o derechos reales que se constituyen sobre una cosa cumpliendo todos los requisitos establecidos por ley (plazo, ininterrupción, posesión pacífica y pública, etc.), y la prescripción extintiva de derechos o de acciones, que se constituye originariamente como un método defensivo del demandado poseedor para oponerse a la reclamación del dueño a través de la prescripción, configurando el aforismo histórico de la prescripción de la teoría unitaria,

donde la usucapión y la prescripción extintiva fue tratado como “las dos caras de una misma moneda”.

Dicho refrán y unificación de la prescripción se encuentra del mismo modo manifestando en el *Código Civil* chileno, como ya se expuso con anterioridad, no existiendo en este punto grandes diferenciaciones en la conformación de la prescripción extintiva, usucapión y su unificación en su tratamiento legal, sin embargo, al igual como se plantea por la doctrina, jurisprudencia y normativa de ambos países, estas figuras (usucapión y prescripción extintivas) son radicalmente diferentes.

II. EL FUNDAMENTO DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

La prescripción en general es una institución jurídica esencial para el ordenamiento jurídico de cualquier país, siendo una de las instituciones legales más importantes y beneficiosas para la sociedad, así lo señaló Friedrich Savigny en el año 1841⁸. Se trata de una institución de enorme importancia, con independencia del país u ordenamiento jurídico de que se trate, con la que se pretende dar seguridad jurídica, evitando que el deudor se encuentre perpetuamente expuesto a que el acreedor ejercite contra él su derecho, involucrando constantemente un despojo para el acreedor, siendo sustancialmente justificado a raíz de instaurar la seguridad jurídica, pero siempre debiendo velar normativamente con el adecuado equilibrio de los intereses de ambas partes⁹. De esta manera también lo ha entendido la jurisprudencia española, manifestando el Tribunal Supremo español en sentencia del 8 de mayo de 1903:

“que, dado el concepto y fundamento de la prescripción, encaminada principalmente a dar firmeza y certidumbre a la propiedad y a toda clase de derechos emanados de las relaciones sociales y de las condiciones en que se desarrolla la vida, aun cuando éstas no se ajusten siempre a principios de estricta justicia, que hay que subordinar, como mal menor, al que resultaría de una inestabilidad indefinida, es evidente que por el transcurso de determinado tiempo se entienden borrados los defectos que en los títulos respectivos de aquéllos puedan existir y que al efecto es preciso señalar por regla general un término fijo y claro desde el que empiece a constarse dicho término, cual es el que se consigna en el artículo 1969 del Código”¹⁰.

⁸ SAVIGNY (2005), p. 892.

⁹ MARÍN (2014), p. 7.

¹⁰ DIEZ-PICAZO (2007), pp. 288-289.

Que el acreedor no pueda reclamar de forma indefinida al deudor una determinada pretensión, es lo que trata de evitar la prescripción extintiva, generando un efecto negativo en despojar de valor al crédito del acreedor, ya que impide su reclamación o exigibilidad coactiva, esto es, intimar a evitar un ejercicio tardío de una pretensión, limitando en cierta medida las posibilidades de defensa del deudor, al no poder encontrarse en condiciones probatorias para poder demostrar que la pretensión solicitada fue extinguida o nunca existió, debido al largo tiempo transcurrido. Sobre la base de la consideración de dichos argumentos, que en variadas sentencias ha manifestado Tribunal Supremos español, el mejor fundamento que tiene la prescripción es en relación con la seguridad jurídica¹¹. Que en aquel fundamento, se pretende declarar extintas pretensiones legítimas del acreedor, es decir, que el valor de la justicia debe ceder ante el valor de la seguridad jurídica, admitiendo que la prescripción no es una institución de justicia material, así se ha entendido, incluso, por el Tribunal Constitucional Español en la STC 147/1986, de 25 de noviembre, a propósito de la constitucionalidad de la ley 1/1984, puesto que al momento de enjuiciar se impone un adecuado equilibrio entre los intereses de ambas partes en el conflicto, dado un tratamiento restrictivo a las normas de prescripción.

Que el valor de la justicia ceda ante el valor de la seguridad jurídica procura que la idea de seguridad jurídica se encuentre preponderante a la de justicia en relación con el fundamento de la prescripción, de tal manera que no se conforma estrictamente con la noción de justicia, no obstante, ser la seguridad jurídica uno de los estandartes de la idea de justicia, no habiendo contradicción en estos conceptos. Lo que existe es una pugna entre una situación de derecho, esto es, el derecho efectivo que tiene el titular para ser exigido a un tercero, y una situación de hecho que consolida el tiempo, siendo la reiterada pasividad del titular del derecho con cumplimiento de las normas legales. Que sea predominante la concepción de seguridad jurídica sobre la idea de justicia es solamente una cuestión erigida por el ordenamiento jurídico, se hace prevalecer la situación de hecho sobre la situación de derecho transcurrido un periodo y concurriendo determinadas circunstancias establecidas con anticipo por la ley¹².

La prescripción extintiva y sus alcances en el derecho se justifica en virtud de esta seguridad jurídica y ante la prolongada inactividad por parte

¹¹ MARÍN *et al.* (2014), p. 238. Donde en este punto se cita, véanse STS (Sala 1ª) de 28 de enero de 1983, FJ 2º (RJ 393; ponente: Jaime de Castro García); STS (Sala 1ª) de 20 de octubre de 1988, FJ 5º (RJ 7591; ponente: Mariano Martín Granizo); STS (Sala 1ª) de 26 de septiembre de 1994, FJ 4º (RJ 7303; ponente: Francisco Morales Morales), entre otros fallos.

¹² BLASCO (2016), p. 184.

del titular en el ejercicio del derecho, con ello el objeto de posicionar la seguridad jurídica en el ordenamiento normativo conlleva una carga o restricción de la libertad de ejercitar la acción, extinguiendo esta y no cuando libremente su titular lo decida. En consecuencia, cierta parte de la doctrina española considera la prescripción como una institución excepcional, al ser la libertad ejercida responsablemente dentro de la legalidad y el orden, su limitación y su sanción del principio natural, no pueden, sino concebirse como una excepción, además de ser una modalidad excepcional de adquisición y extinción o pérdida de un derecho o acción¹³. Sin embargo, otra parte de la doctrina niega el carácter excepcional en la institución de la prescripción, no pudiendo afirmar que la subsistencia de los derechos son un principio general y su extinción una suerte de excepción, esto solo puede ser determinado según los criterios impuesto por el legislador¹⁴.

En la doctrina chilena en relación con el fundamento de la prescripción extintiva, aparecen diversas teorías, que tienden a justificar de mejor o peor modo el fundamento de dicha institución¹⁵, pero un planteamiento incuestionable en la prescripción extintiva es el hecho de que esta vele por la seguridad jurídica del ordenamiento jurídico, teniendo en este sentido una similar fundamentación en España, Chile y el derecho civil comparado.

III. EL OBJETO DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

En Chile la prescripción extintiva, aunque el artículo 2492 del *Código Civil* la define junto con la prescripción adquisitiva o usucapión, podemos separar la definición y conceptualizar la prescripción extintiva como un modo de extinguir las acciones y derechos ajenos por no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso y concurriendo los demás requisitos legales. Teniendo como finalidad la extinción de una acción o derecho, y no de una obligación. Es necesario señalar que el *Código Civil* chileno enumera en el artículo 1567, numeral décimo, a la prescripción como modo de extinguir las obligaciones e, incluso, el artículo 2520 del mismo cuerpo legal, hace mención de “la prescripción que extingue las obligaciones”¹⁶. Dichas disposiciones legales resultan ser erradas, toda vez que, según como veremos, la prescripción no extingue la obligación, sino que pone término a una acción. Haciendo referencia a una acción como un derecho cívico que se manifiesta

¹³ BRAVO DE MANSILLA (2014), p. 420.

¹⁴ DIEZ-PICAZO y GULLÓN (2005), p. 48.

¹⁵ NORIEGA (1956), pp. 11-13.

¹⁶ ABELIUK (1995), p. 994.

en el derecho constitucional de peticionar ante las autoridades jurisdiccionales, pudiendo ejercer con prescindencia de que se tenga o no titularidad de un derecho subjetivo materia¹⁷. Vale decir, el derecho o facultad que tienen las personas de accionar los mecanismos procesales, con el objetivo de procurar que se declare fundada una pretensión procesal, prescindiendo de la efectividad de un derecho subjetivo material. Dicha conceptualización de acción genera una vasta discusión en los partidarios de la extinción de la acción en cuanto a qué es lo que verdaderamente se extingue por la prescripción, si es la acción procesal propiamente tal o la pretensión (el contenido civil sustantivo vinculada a la acción).

Lo que ha señalado con precisión la doctrina tradicional chilena, es que la prescripción extintiva no extingue la obligación sobre la base de una congruencia con la clasificación de las obligaciones que realiza el artículo 1470 del *Código Civil*, norma que indica:

“Las obligaciones son civiles o meramente naturales. Civiles son aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento. Naturales, las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas, autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas”,

es decir, en las obligaciones naturales se carece de acción para hacer exigible el cumplimiento, a diferencia de la obligación civil. Sin embargo, lo pagado en razón de esta obligación natural se considera bien pagado, pudiendo mantener su retención a pesar de la carencia de acción.

De esta forma, se relacionan con la prescripción las llamadas por la doctrina tradicional, obligaciones civiles desvirtuadas. Se trata de obligaciones que naciendo perfectas civilmente al tener la aptitud de ser exigidas, pierden dicho carácter, transformándose en una obligación natural. Una de ellas, está establecida en el n.º 2 del artículo 1470 del *Código Civil*, norma que dispone que son obligaciones naturales: “Las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción”. Se estipula generalmente que el legislador erraría al estipular que se extingue la obligación civil por la prescripción¹⁸, toda vez que lo que realmente se extingue sería la acción para hacer exigible dicha obligación civil producto del paso del tiempo, su actitud pasiva del acreedor y demás requisitos legales. Al perder dicha acción su exigibilidad, desvirtúa la obligación civil a una obligación natural, que aun cuando no pueda exigir el cumplimiento de dicha obligación, esta existe, y al recibir el sujeto activo el pago por la misma, el tercero no puede interponer “el pago

¹⁷ PALACIO (2005), p. 380, quien hace referencia a lo sostenido por Couture.

¹⁸ ABELIUK (1993), p. 271.

de lo no debido”, al existir la obligación, siendo correctamente pagada y extinguida solamente en dicho momento, producto del modo de extinguir denominado pago.

Este razonamiento y conclusión de la obligación natural a raíz de la operatividad de la prescripción extintiva ha sido ampliamente criticada en la doctrina moderna española e, incluso, mayoritariamente descartada, en razón a una evolución teórica que fue descartando la concepción de la obligación natural como efecto de la extinción de la acción.

En la legislación española, es su artículo 1930 del *Código Civil* se define la prescripción extintiva, estableciendo el inciso segundo; también se extinguen del propio modo por la prescripción los derechos y las acciones, de cualquier clase que sean. Posteriormente en el título XVIII, capítulo III se denomina “De la prescripción de las acciones”, que establecen las normas del modo de extinguir los derechos y acciones de cualquier clase. La interrogante de cuál es el objeto de la prescripción ha sido constantemente debatida en la doctrina general, si corresponde a la extinción del derecho o de la acción.

La tesis de la prescripción de derecho procura que la prescripción implica la extinción del derecho subjetivo como un poder jurídico que agrupa unitariamente un conjunto de facultades. Noción que presenta ciertas problemáticas, ya que en determinados casos no se extingue por entero el derecho subjetivo, sino que se le modifica, limita o reduce, por ejemplo, en un contrato de arrendamiento, el arrendador que se retarda en exigir el pago de rentas, no entraña el hecho que pueda exigir el pago de las rentas sucesivas, del mismo modo que un tercero adquiere por usucapión un derecho de usufructo, porque durante todo el tiempo de su posesión como usufructuario el propietario no ejerce defensa de la libertad de su predio contra injerencias extrañas. El propietario no perdió el derecho subjetivo de propiedad, sino la facultad de uso y goce de la cosa que será del usufructuario por el tiempo que dure su derecho, igualmente no se extingue el derecho, aunque se reduce, con el acreedor respecto a los intereses del préstamo o de quien pierde la acción frente a uno de los deudores, conservándola frente a los demás, es decir, la prescripción no afecta de modo directo e inmediato al derecho subjetivo considerado como unidad de poder¹⁹. A su vez, se recoge el pensamiento y crítica de Windscheid, quien desestimó la prescripción del derecho porque incluía el derecho real, considerado incorrecto, ya que este no se extingue nunca por prescripción extintiva. Rechazando igualmente la prescripción de la obligación, considerando que lo que realmente prescribe

¹⁹ DIEZ-PICAZO y GULLÓN (2005), p. 444.

era la pretensión del acreedor para hacer efectivo el derecho y trasladó al ámbito material la prescripción de las acciones que solo tenía una visión procesal²⁰.

Algunos defensores de la prescripción del derecho entienden que el derecho subjetivo prescrito da lugar a una obligación natural como es el caso de la doctrina tradicional chilena, es decir, se trata de un derecho subjetivo que se encuentra desprovisto de acción, tal obligación siendo susceptible de novación y de ser garantizada (doctrina francesa). Otros arguyen que no hay derecho subjetivo ni acción, sino un deber moral de pagar las deudas prescritas, consagrando la denominada *soluti retentio* o irrepitibilidad de lo pagado, es decir, el deudor se encuentra moralmente obligado a cumplir lo debido, aun cuando el acreedor carezca de poder para hacer exigible jurídicamente el cumplimiento de la prestación, y si obtiene el cumplimiento de la prestación adeudada es irrepitible contra este lo pagado. Con esto, se admite que los deberes morales son causa suficiente de promesas y de los negocios jurídicos, como la promesa de pago futuro de la prestación, la obligación prescrita implicando que tal promesa hace renacer, en el momento en que se produce, el derecho que con la prescripción se ha extinguido completamente, explicando la irrepitibilidad del pago o problema de los pagos tras el cumplimiento del tiempo de la prescripción²¹.

En la doctrina civilista española moderna, correctamente en nuestra opinión, ha predominado la tesis de prescripción de la acción, pero no en el concepto estricto y procesal del término, sino en lo sustantivo, es decir, no prescribe ni el derecho, ni la acción (procesal), sino la pretensión²². De esta forma lo ha previsto el *Código Civil* catalán, que en su artículo 121-1 prevé: La prescripción extingue las pretensiones relativas a derechos disponibles, tanto si se ejercen en forma de acción como si se ejercen en forma de excepción. Se entiende por pretensión el derecho a reclamar de otra persona una acción o una omisión. Determinando la pretensión como el derecho a reclamar de otra una acción o una omisión, teniendo un contenido puramente material, es decir, representa el ejercicio del derecho y de la acción que son el modo de articularlo, prescribiendo las pretensiones relativas a derechos disponibles como las de contenido patrimoniales que son inherente al derecho personal y al derecho real, considerando el mismo artículo a las excepciones como un modo de ejercicio de la pretensión²³.

²⁰ MARÍN *et al.* (2014), p. 240. Citando sobre el origen del concepto (“anspruch”), WINDSCHEID (1856), pp. 37-41.

²¹ DIEZ-PICAZO (2007), p. 97.

²² ALBALADEJO (2004), pp. 16-18.

²³ BADOSA (2004), p. 107.

Reiteramos que el objeto de la prescripción y en particular lo prescrito es exactamente la pretensión, refiriéndonos a pretensión como una de las concretas facultades de exigir a otro una cierta conducta que tiene el titular de un derecho subjetivo, siendo preferente a la utilización del concepto de acción en el derecho moderno, por cuanto aquella no tiene necesariamente que hacerse valer en un juicio, sino que, también, es posible su ejercicio extrajudicial, y en razón de la distinción conceptual de la acción en sus consideraciones abstracta y concreta. En el ámbito del derecho procesal el concepto de acción es apreciable en una consideración abstracta, que hace referencia al derecho frente al Estado dada la prestación de jurisdicción, esto es, el derecho de acceder ante un órgano que ejerza función jurisdiccional, que de forma típica ha sido regulado por normas especiales (derecho procesal), y una consideración concreta, alusiva a la facultad que toda persona tiene a promover la actividad jurisdiccional, tratándose de un derecho más concreto que se dirige a el Estado con el objetivo de obtener mediante el órgano designado por este, y en contra de un demandando, una sentencia favorable con un contenido determinado, es decir, una acción cuyo ejercicio está encaminado a obtener tanto la declaración como la ejecución de una prestación debida por el demandado. Es entendible que la acción propiamente procesal no prescribe, sino su vinculación con el “concepto civil sustantivo” de la acción, a la que para evitar equívocos, es preferible llamar pretensión²⁴.

De este modo, la jurisprudencia española también se ha referido al objeto y fundamento de la prescripción, así es como en sentencia de 13 de abril de 1956 el Tribunal Supremo declara:

“La prescripción de las pretensiones en general sirven a la seguridad del Derecho y a la paz jurídica, las cuales exigen que se ponga un límite a las pretensiones jurídicas envejecidas, ya que sin la prescripción nadie estaría a cubierto de pretensiones sin fundamento o extinguidas de antiguo. Esta afirmación viene corroborada en nuestro Derecho por la jurisprudencia, habiendo declarado la sentencia de 8 de marzo de 1903 que, dado el concepto y fundamento de la prescripción, está encaminada principalmente a dar firmeza a los derechos emanados de las relaciones sociales y de las condiciones en que se desarrolla la vida, aun cuando éstas no se ajusten siempre a principios de estricta justicia que hay que subordinar como mal menor al que resultaría de una inestabilidad indefinida. Aunque con carácter subordinado, este fundamento objetivo de la prescripción se complementa con el subjetivo, de la presunción

²⁴ DE PABLO *et al.* (2008), haciendo referencia al concepto de pretensión (“anspruch”) de WINDSCHEID (1856), pp. 108-109.

de abandono o de renuncia que la inacción del propietario o titular del derecho parece implicar, también admitida en algunos casos por la jurisprudencia, habiendo atribuido la S. de 17 de enero de 1928, como fundamento de la prescripción, la presunción de abandono o renuncia del derecho que al acreedor corresponde y pueda ejercitar y establecido a su vez a la S. de 29 de junio de 1935 que la prescripción, tanto adquisitiva como extintiva, se funda en la presunción de abandono de la propiedad o de la acción por parte del dueño que no reclama, presunción de abandono que hay que demostrar con toda evidencia para que la prescripción pueda prosperar”²⁵.

A diferencia de España y cierta parte de Europa, donde la prescripción en su objeto y fundamento ha sido una cuestión tratada constantemente con el fin de desarrollar y entregar soluciones a los problemas teóricos y prácticos. En Chile no se ha dado el mismo ímpetu doctrinal. Debiendo analizar, actualizar y desarrollar la prescripción el legislador chileno, en la actualidad la doctrina se ha conformado tradicionalmente con la argumentación tendiente a la obligación natural, que comparativamente dicho se encuentra totalmente superado en el derecho civil español. Lo que convendría ser considerado en las posibles reformas de la normativa civil chilena, es establecer de forma expresa el objeto de la prescripción extintiva, siendo, a nuestro parecer, la pretensión del mismo modo que toma esta postura la legislación catalana, de manera que también es debido reformar variadas normas para que dicha aseveración tenga congruencia en el ordenamiento, descartando la teoría de la extinción de las obligaciones y la teoría de la creación de una obligación natural.

IV. ORDEN PÚBLICO Y AUTONOMÍA PRIVADA

La prescripción extintiva y su carácter de orden público, ha sido incuestionable por la doctrina española, en razón a que dicha institución constituye una cuestión de seguridad jurídica. La trascendencia de la prescripción es evidente, considerada como una institución de orden público, instaurado por razones de certeza y teniendo consecuencias de trascendencia práctica y teórica, como los principios, tipicidad, legalidad e interpretación que la rige en relación con lo previsto en el artículo 1930 del *Código Civil* español:

“Por la prescripción se adquieren, de la manera y con las condiciones determinadas en la ley, el dominio y demás derechos reales. También

²⁵ DIEZ-PICAZO (2007), pp. 648-649, jurisprudencia n.º 461.

se extinguen del propio modo por la prescripción los derechos y las acciones, de cualquier clase que sean”,

y en el artículo 1961 del mismo cuerpo legal: “Las acciones prescriben por el mero lapso del tiempo fijado por la ley”. Se observa su carácter mayormente imperativo en el régimen jurídico, o que en lo normativo no se perjudique los intereses de terceros. En el mismo sentido, la jurisprudencia española original ha entendido la prescripción como una institución de orden público, así la STS de 30 de diciembre de 1867 indica:

“Las leyes sobre prescripción son de Derecho Público, como dictadas en interés general y social y para asegurar el dominio y la propiedad, que siempre se hallarían en incierto, no poniéndose término a las reclamaciones... Las disposiciones sobre prescripción que forman parte del Derecho Público no pueden derogarse por convenios particulares, porque esto sería sobreponer al bien general el interés privado, debiendo entenderse legalmente que los pactos se subordinan a las reglas establecidas por aquél, y que son ineficaces en cuanto a ellas se opongan”²⁶.

Conforme a lo anterior, y especialmente a la aptitud de disposición que poseen los particulares en concordancia con la consideración de la prescripción como una institución de orden pública, hay que establecer el carácter imperativo o dispositivo de la prescripción y su nivel de autonomía privada en desmedro del miramiento representativo de orden público. Es preciso establecer si poseen validez y eficacia los negocios jurídicos celebrado por particulares, instaurando de común acuerdo un régimen jurídico de prescripción que difiere de la legislación.

Al respecto, se ha sostenido que al ser la prescripción una institución de orden público que procura la seguridad jurídica en el ordenamiento jurídico, de manera que limita o impide la ejecución injustificable en el tiempo de acciones o pretensiones antiguas. Para cumplir dicha funcionalidad, no sería posible dejar al mero arbitrio de los particulares las reglas de aplicación, coligiendo una absoluta imperatividad de las normas que regulan la prescripción, por ende, si posee un carácter absolutamente imperativo, no resulta posible que cualquier acto o negocio jurídico modifique las reglas de prescripción, no teniendo validez, debiendo ser declarado nulo. Por otro lado, existen los que sostienen que el efecto principal de las normas de prescripción es otorgar un beneficio especial al sujeto pasivo del derecho, siendo favorecido el prescribiente quien puede defenderse mediante la prescripción o puede renunciar a la misma e, incluso, debiendo ser alegada

²⁶ BRAVO DE MANSILLA (2014), p. 417.

por el beneficiado de la prescripción, no operando de oficio. En vista de esta consideración, la prescripción tiene su eje en un interés privado de carácter dispositivo, por lo que no existe un razonamiento que excluya a los particulares la facultad de regular el régimen jurídico aplicable a la prescripción de una manera distinta que la establecida en la ley²⁷.

No concurre un criterio legal y jurisprudencial estricto para el esclarecimiento de este punto, a diferencia del *Código Civil* catalán que en su artículo 121-3, dispone:

“Las normas sobre prescripción son de naturaleza imperativa. Sin embargo, las partes pueden pactar un acortamiento o un alargamiento del plazo no superiores, respectivamente, a la mitad o al doble del que está legalmente establecido, siempre y cuando el pacto no comporte indefensión de ninguna de las partes”.

Es preciso el *Código Catalán* en determinar como criterio el carácter imperativo de las normas de prescripción, en razón de considerar su institucionalidad como de orden público, no obstante establece márgenes precisos de disposición en materia de prescripción, manifestando en su primera parte que las partes por mutuo acuerdo podrán pactar el acortamiento o alargamiento del plazo de prescripción, pero siempre y cuando no exceda el doble o se restrinja a más de la mitad de lo ya establecido por el legislador, considerando un margen de limitación objetivo en la autonomía privada, resultando nula cualquier negocio jurídico o convenio que acorte o alargue el plazo de prescripción fuera de esos márgenes. Además, dicho precepto instauro otro criterio de limitación que debe ser copulativo al anterior, al señalar que “siempre y cuando el pacto no comporte indefensión de ninguna de las partes”, es decir, pueden existir convenios entre partes en que se establece un plazo de prescripción que no acota menos de la mitad, ni alarga más del doble el plazo fijado por ley, pero que aun así sea declarado inválido o ineficaz y, por lo tanto, nulo. Debiendo ser la jurisprudencia quien tenga la tarea de interpretar caso a caso e instaurar los parámetros de indefensión que puedan surgir de las cláusulas que modifiquen los plazos de prescripción legal.

La doctrina tradicional chilena argumenta que, al igual que parte de la doctrina española, la prescripción posee un fundamento basado en el orden público, no siendo posible la alteración del plazo establecido por ley en virtud de la liberalidad de las partes. Sin embargo, continúan argumentando que, la ley lo ha autorizado solo en ciertos casos, como es el caso de la acción redhibitoria, que en el artículo 1866 del *Código Civil* chileno, señala:

²⁷ DIEZ-PICAZO (2007), p. 37.

“La acción redhibitoria durará seis meses respecto de las cosas muebles y un año respecto de los bienes raíces, en todos los casos en que leyes especiales o las estipulaciones de los contratantes no hubieren ampliado o restringido este plazo. El tiempo se contará desde la entrega real”

y en el pacto comisorio y en el pacto de retroventa, como lo prevé el artículo 1885 del *Código Civil* chileno, norma que dispone:

“El tiempo en que se podrá intentar la acción de retroventa no podrá pasar de cuatro años contados desde la fecha del contrato. Pero en todo caso tendrá derecho el comprador a que se le dé noticia anticipada, que no bajará de seis meses para los bienes raíces ni de quince días para las cosas muebles”,

de esta forma, si bien no puede pasar de cuatro años, resulta posible que se fije un plazo menor. A pesar de que parte de la doctrina, en la que me incluyo, señala que este plazo correspondería más a una caducidad que a una prescripción²⁸. Al respecto la Excelentísima Corte Suprema ha señalado:

“Para que una acción ordinaria prescriba en un lapso distinto al establecido como regla general, es preciso que especialmente lo haya dispuesto la ley, como sucede respecto de las acciones a que se refieren los art. 2521 y 2522 del *Código Civil* y respecto de la prescripción de corto tiempo a que están sujetas las acciones especiales que nacen de ciertos actos y contratos mencionados en los títulos respectivos, como la acción del pacto comisorio”²⁹.

Lo cierto es que ni la legislación civil española ni la chilena han establecido alguna norma que esclarezca el carácter impositivo o dispositivo, ni las limitaciones o márgenes de la autonomía privada en el régimen de la prescripción extintiva; sin embargo, nadie puede desconocer que el artículo 1935 del *Código Civil* español y el artículo 2494 del *Código Civil* chileno, prohíbe cualquier tipo de renuncia anticipada, solo pudiendo renunciarse una vez cumplido el plazo de prescripción. Se instaura una especie de límite, aunque poco determinado, a la autonomía privada en materia de prescripción. Ello no es suficiente para poder establecer márgenes de limitaciones y matices en los negocios jurídicos acordados por las partes que tengan alguna influencia y efecto en el régimen de prescripción. En ese sentido, el autor

²⁸ BARRERA (1962), p. 135.

²⁹ Corte Suprema (1913), casación, 9 de diciembre de 1913. *Rev. de Der.*, T. 12, Sec. 1°, p. 143. Citado por RIOSECO (1994), p. 30.

Luis Diez-Picazo ha establecido ciertos matices donde podría obrar la autonomía privada en la prescripción, los que enumera de la siguiente forma³⁰:

a) Los negocios jurídicos sobre la prescriptibilidad o imprescriptibilidad

En este punto se ha hecho referencia a si las partes de mutuo acuerdo pueden establecer como imprescriptible un derecho legalmente prescriptible o como prescriptible un derecho legalmente imprescriptible. Respecto a la primera de ellas, por regla general debe ser prohibida, puesto que al constituir como imprescriptible un derecho legalmente prescriptible no solo transgrediría la renunciabilidad del derecho prescriptible, prevista en el artículo 1935 del *Código Civil* español, sino, también, la finalidad perseguida por una institución como la prescripción, que es la seguridad jurídica de orden público, generando, en la práctica, una inutilidad de la prescripción. En cambio, convenir que un derecho legalmente imprescriptible sea voluntariamente prescriptible no transgrede ni vulnera tanto el artículo 1935 del *Código Civil* español como la finalidad de la prescripción, no existiendo fundamento sobre la base del régimen jurídico para prohibirlo u objetarlo. No obstante, el autor realiza una correcta salvedad al señalar:

“hay que excepcionar, sin embargo, aquellos casos en que la específica regulación de la materia de la que las acciones surjan conduzca a otra conclusión”,

por lo que se encontraría prohibida dicha práctica cuando el legislador tiene un propósito claro con determinadas acciones, las cuales no pueden ser prescriptibles por que perderían su funcionalidad y los objetivos mismos de la decisión legislativa, como en el caso de las acciones de división contra las situaciones de indivisión poco estimadas por el legislador civil.

b) Lo negocios jurídicos de alargamiento de los plazos de prescripción

Doctrinariamente se ha planteado la imposibilidad de pactar un aumento convencional del plazo de prescripción, manifestando que sobrellevaría a una renuncia anticipada del plazo legal. Dicha conclusión no es del todo correcta, al analizar el objeto previsto en el artículo 1935 del *Código Civil* español, prohibiendo la renuncia anticipada de la prescripción, lo que se

³⁰ DIEZ-PICAZO (2007), pp. 44-46.

busca prohibir es específicamente la imprescriptibilidad de un derecho que sea legalmente prescriptible, debiendo la pretensión de este derecho prescribir de la forma establecida por el legislador, donde una vez cumplido el plazo previamente establecido, puede el beneficiado alegar la prescripción o renunciar a ella. Una renuncia anticipada conllevaría a la imprescriptibilidad de los derechos, afectando gravemente el fundamento de orden público que tiene como consecuencia la prescripción. Sin embargo, un aumento o alargamiento del plazo de prescripción no tiene como consecuencia necesaria la imprescriptibilidad, como, por ejemplo, el aumento de un año a un plazo legal de prescripción de tres años, siempre que la prolongación no aumente el plazo de prescripción de forma excesiva constituyendo en la práctica una disimulada imprescriptibilidad.

c) Los negocios jurídicos de acortamiento de los plazos de prescripción

Generalmente se ha permitido y se ha entregado validez a cláusulas de acortamiento del plazo de prescripción, que se obtiene a raíz de la concepción doctrinaria que la facilitación de la prescripción no es contraria a la legislación, ni al orden público en general.

d) Los negocios jurídicos sobre el funcionamiento en la prescripción

Aquí el autor nos hace referencia de los tipos de cláusulas que cuyo contenido inciden sobre el momento inicial de la prescripción, o respecto de las causas a través de las cuales la prescripción puede interrumpirse. No existe un fundamento incuestionable para excluir la validez de este tipo de convenciones, del mismo modo que se ha generado una máxima doctrinal en relación con la validez de los actos dispositivos en función de la prescripción, pasando a ser válidas los actos o negocios jurídicos tendientes a facilitar la aplicación de la prescripción, *a contrario sensu*, el empeoramiento o dificultad en la operatividad de la prescripción arrastra un enjuiciamiento mayormente crítico de la validez de lo convenido.

Observando los aspectos jurídicamente prohibitivos y permitidos del ejercicio de la autonomía privada en el régimen jurídico de prescripción, se debe tener presente que, al momento de implementar, modificar y determinar plazos, alargamientos o acortamientos de ellos, causales de interrupción, entre otros aspectos del régimen jurídico de la prescripción, sea por práctica legislativa o autonomía privada, *debe siempre considerarse que esto no sea un detrimento jurídico para ninguna de las partes*. Previamente se debe procurar

que la fijación o modificación de la prescripción no genere un ejercicio abusivo o que ampare malas prácticas. Así, a pesar de ser posibles teóricamente la modificación de los plazos de prescripción extintiva en el ordenamiento jurídico chileno, se requieren normas que permitan establecer un claro margen que evite y limiten prácticas abusivas.

No puede pretenderse que la institución de la prescripción resguarde prácticas abusivas o menoscabe los procedimientos de reclamación y determinación del derecho, por ejemplo, que el plazo implementado sea tan breve que perjudique al acreedor en el ejercicio de su derecho o tan largo que disimule una imprescriptibilidad en perjuicio del deudor, no existiendo razones jurídicas, prácticas o ambas para ello. En este sentido el *Código Civil* catalán, en mi opinión correctamente, incluye además de parámetros objetivos, en su parte final incorpora la frase “siempre y cuando el pacto no comporte indefensión de ninguna de las partes”, así resguardando los aspectos abusivos o malas prácticas que se pueden generar por la intervención de la autonomía privada en el régimen jurídico de prescripción, como podría darse en actos o negocios jurídicos celebrados por partes asimétricas o en contratos de adhesión.

V. *DIES A QUO* O INICIO DEL CÓMPUTO DEL PLAZO

En la normativa española la regla general se establece en el artículo 1969 del *Código Civil* en que el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse. Haciendo referencia a una posibilidad de ejercicio, por tanto, se considera irrelevante los impedimentos personales para el ejercicio de la acción cuyo plazo de prescripción se encuentra en transcurso, así como la ignorancia de la titularidad del derecho. Sin embargo, en el caso de la acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia (responsabilidad extracontractual), se otorga una fórmula especial para determinar el inicio del plazo de prescripción, comenzando “desde que lo supo el agraviado” (artículo 1968 n.º 2 del C.C español)³¹.

Se han generado diversos cuestionamientos y criterios jurisprudenciales para establecer la magnitud y determinación referente al conocimiento del agravio en la responsabilidad extracontractual, pues no especifica la ley si el plazo de prescripción comienza cuando se tiene el simple conocimiento

³¹ BLASCO (2016), p. 188.

de la existencia del daño o un conocimiento acabado del daño, de su alcance pecuniario y de las secuelas que se hayan podido generar. Además de las dudas provenientes del inicio del cómputo en el daño continuado, es decir, en aquellos daños que continuamente están operando y produciendo, que se ofrecen como algo vivo, latente y conectado precisamente a la causa originadora y determinante de los mismos, que subsiste y se mantiene hasta su adecuada corrección.

En el transcurso de variadas sentencias y razonamientos del Tribunal Supremo español por casos de contaminación, daños por obras, lesiones, entre otros, se pueden señalar ciertos criterios de solución e interpretaciones a los cuestionamientos planteados, subsanando en parte cuestionamientos del momento de computar el plazo de prescripción en la acción de responsabilidad extracontractual. Según lo previsto por la jurisprudencia española, podemos señalar³²:

- a) La prescripción de la acción para reclamar la indemnización, no comienza a producirse desde el momento en que se produjo el hecho determinante del daño o la finalización de una conducta lesiva permanente o reiterada, sino desde que el perjudicado conoce la persona causante del daño y todas las circunstancias necesarias para poder demandar la indemnización.
- b) En los casos de lesiones físicas la prescripción de la acción no comienza hasta que se produce el alta médica o hasta la total curación de la lesión, porque solo en ese momento el daño puede evaluarse.
- c) Se considera a la conducta lesiva como una unidad, aunque esté compuesta por actos diferentes, también teniendo la misma consideración de unidad el daño continuado.
- d) En el daño continuado o de producción sucesiva ininterrumpida el cómputo del plazo de prescripción no se inicia hasta la producción del resultado definitivo, no resultando sencillo en la práctica determinar cuándo se produce o ha producido ese definitivo resultado.

Contrastando lo anterior con el derecho chileno, se observa una total distinción con relación al inicio del plazo en la prescripción extintiva. El *Código Civil* en su libro IV, título xxxv, denominado “De los delitos y cuasidelitos”, su artículo 2314 establece que el surgimiento de la acción de indemnización por responsabilidad extracontractual, fijando su plazo de prescripción y *dies a quo* en el artículo 2.332, al prever que las acciones que concede este título por daño o dolo, prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto.

³² DIEZ-PICAZO (2007), pp. 251-253.

Aun cuando el plazo especial de prescripción extintiva que se establece para la reclamación de la acción por responsabilidad extracontractual en la legislación chilena, se encuentra en los márgenes razonables del derecho comparado, estipulando un plazo de cuatro años, a diferencia de lo fijado por la normativa española que fija el plazo de un año³³. No obstante, el *dies a quo* o inicio del cómputo del plazo de prescripción debería ser actualmente analizado en razón de las problemáticas prácticas que dicha redacción normativa genera, puesto que si se determina como cómputo el momento de perpetración del acto, y no desde el conocimiento del agravio, podría la prescripción, en ciertos casos, ser totalmente desequilibrada entre ambas partes, avalando posibles abusos e impunidades en los sujetos perpetradores del daño como, por ejemplo, la contaminación del agua, aire o tierra de un sector o pueblo, en que por el detrimento físico de sus habitantes, se efectúa un estudio científico en el sector, estableciendo como causa que determinado sujeto o empresa había contaminado el lugar hace varios años, o el caso de una persona que es colisionada por un vehículo, generando daños físicos, donde años siguientes y luego de varios estudios e intentos por ser padre o madre, se determina que el impacto de la colisión generó su esterilidad, desconocida hasta esos momentos. En estos casos, normativamente se encuentran prescritas las acciones de indemnización por responsabilidad extracontractual si los hechos ocurrieron cuatro años antes de que el afectado pudiera tener conocimiento de la magnitud del daño o del responsable (sin perjuicio de las discusiones doctrinales chilenas sobre los daños continuados), por lo tanto, la prescripción se generará por el solo desconocimiento de la existencia del daño, de su alcance pecuniario y de las secuelas que se hayan podido generar, de la persona causante tanto del daño como de todas las circunstancias necesarias para poder demandar la indemnización, y no en razón de la dejación o abandono del actor.

Por lo anterior, legislador chileno debería considerar estas problemáticas que son cada vez más latentes en nuestra sociedad, conviniendo analizar y, en definitiva, modificar el *dies a quo* en la responsabilidad extracontractual o al menos establecer ciertos casos o criterios limitadores en que se aplicaría la regla del cómputo del plazo de prescripción extintiva desde que lo supo el agraviado, y determinando el nivel de conocimiento que requiere del agravio el agraviado.

³³ DOMÍNGUEZ y ÁLVAREZ (2009), pp. 9-12.

VI. CONCLUSIÓN

En razón del tiempo y la paciencia del lector, solo se han expuesto ciertas consideraciones comparativas que aún resultan problemáticas en materia de prescripción extintiva y que, ha nuestra opinión, requieren ser consideradas para una posible reforma y actualización de las normativas del derecho civil chileno, no obstante que el derecho comparado posea una regulación propia de la realidad jurídica de cada ordenamiento, es necesario tener en cuenta y analizar dichos planteamientos para formar una coetánea y razonable estructura y teoría de la prescripción extintiva, la cual se tiene que contrastar con la legislación y doctrina tradicional que en parte ha quedado obsoleta por el dinamismo del derecho y el desarrollo social. A raíz de esto, se plantearon diversas temáticas que atañan a la prescripción extintiva, en la que se opina que deben ser consideradas por la doctrina y el legislador para zanjar controversias teóricas superadas comparativamente y actualizar el derecho civil chileno en esta materia. Debiendo concretar el fundamento y objeto de la prescripción extintiva, lo cual entrega certeza al referirnos a esta institución y una base de interpretación más esclarecedoras en la resolución de conflicto, por otra parte, prefijar un sistema de prescripción extintiva mayormente imperativo o dispositivo, y en el caso que fuese imperativo, establecer ciertos márgenes de autonomía privada o disponibilidad de las partes en la variación de los plazos de prescripción extintivas, ya que como nos referimos antes, no existe concreción legislativa expresa en contra de dicho ánimo y no afecta la estructura y fundamento de la prescripción de ninguna forma. Solo en caso de que el legislador en una futura reforma prohíba o permita la variación del plazo mediante la autonomía privada, debería hacerlo expresamente. Por último, es necesario considerar en análisis el cómputo del plazo de prescripción extintivas de las diferentes pretensiones, puesto que es el legislador quien debe velar e instaurar un correcto equilibrio, al tratarse de una institución de enorme importancia con la que se pretende dar seguridad jurídica, evitando que el deudor se encuentre perpetuamente expuesto a que el acreedor ejercite contra él su derecho, involucrando constantemente un despojo para el acreedor, siendo sustancialmente justificado a raíz de instaurar la seguridad jurídica, pero siempre debiendo velar normativamente con el adecuado equilibrio de los intereses de ambas partes, es por ello que, por ejemplo, en los plazos breves de prescripción o ciertas circunstancias o estructuras complejizadas en la actuación del acreedor, que son beneficiosas al deudor, debe ir acompañadas de reglas eficientes relativas a la fijación del *dies a quo*, la interrupción y la suspensión que sean favorables para el acreedor, para, de este modo, forjar un aceptable equilibrio de los intereses de ambas partes.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK MANASEVICH, René (1993): *Obligaciones* (3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo I y II.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (2004): *La prescripción extintiva* (2ª ed., Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España).
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1988): *Teoría de las obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica Ediar-Cono Sur).
- BADOSA COLL, Ferrán (2004): *Manual de Dret Civil Catala* (Barcelona, Marcial Pons).
- BLASCO GASCÓ, Francisco de P. (2016): *Instituciones de derecho civil, parte general introducción. La relación jurídica. Sujetos y objeto* (Madrid, Editorial Tirant Le Blanch).
- BRAVO DE MANSILLA, Guillermo (2014): “Entre la seguridad y la justicia: el juego del interpretación y de la analogía, en materia de prescripción y caducidad”, en *La prescripción extintiva: XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, pp. 411-437.
- DE PABLO CONTRERAS, Pedro, Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE *et al.* (2008): *Curso de derecho civil* (Madrid, Editorial Constitución y Leyes - Colex), tomo X.
- DIEZ- PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN (2005): *Sistemas de derecho civil* (Madrid, Editorial Tecnos), tomo I.
- DIEZ-PICAZO, Luis (2007): *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo* (Madrid, Editorial Thomson-Civitas).
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2004): *La prescripción extintiva doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés y Henar ÁLVAREZ ÁLVAREZ (2009): “La prescripción en los PECL y en el DCFR”, en *Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3: pp. 1-29.
- GIORGI, Jorge (1930): *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno* (Madrid, Editorial REUS).
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús (2014): “El cómputo del tiempo en la prescripción extintiva. En particular, el dies a quo del plazo de prescripción”, en *XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Valladolid, 191 pp.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús; Esther ARROYO *et al.* (2014): “La prescripción extintiva”, en *XVLL Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch).
- NORIEGA PÉREZ, José (1956): *La prescripción extintiva de largo tiempo*, monografía, (Santiago, Editorial Universitaria).
- PALACIO, Lino Enrique (2005): *Manual de derecho procesal civil* (18ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot: Lexis Nexis), tomo I.
- RIOSECO ENRIQUEZ, Emilio (1994): *La prescripción extintiva ante la jurisprudencia* (Santiago, Editorial Jurídica).

SAVIGNY, Friedrich (2005): *Sistema del derecho romano actual* (trad. J.L. Monereo Pérez) (Granada, Editorial Comares).

UNA MIRADA EN RETROSPECTIVA DEL ARTÍCULO 2331 DEL CÓDIGO CIVIL PARA LA ACTUALIDAD

A RETROSPECTIVE LOOKING OF ARTICLE 2331 OF THE CHILEAN CIVIL CODE FOR THE PRESENT

*Benjamín Musso Arratia**

RESUMEN: El presente trabajo es un estudio histórico-dogmático sobre el artículo 2331 del *Código Civil*. Se ha entendido generalmente que este artículo es original de Andrés Bello por no encontrar una disposición parecida en el *Code Napoleon* o en las *Siete Partidas*. Sin embargo, no estamos completamente de acuerdo con ello, pues creemos que existen otras fuentes o filosofías jurídicas que llevaron al jurista a establecer el artículo en comento, las cuales pretendemos. Por ende, en este trabajo trataremos de identificar esas fuentes y con ello contribuir en parte al entendimiento histórico-jurídico de este polémico artículo, declarado en más de una ocasión inaplicable por el Tribunal Constitucional y sobre el cual el mismo analizó su inconstitucionalidad.

PALABRAS CLAVE: Injuria - Honor - Indemnización de perjuicios - Daño moral.

ABSTRACT: The present paper consists of a research with a historic-dogmatic character about article 2331 of the Chilean Civil Code. It has been generally understood that the wording of this article is one of Andres Bello's original pieces as no such an article or similar provisions are to be found neither in the *Code Napoleon* nor in the *Siete Partidas*. However this might not be totally accurate as it is believed that other legal or philosophical sources might have influenced Bello on his creation of article 2331 of the Chilean Civil Code.

* Abogado. Licenciado en ciencias jurídicas, Universidad del Desarrollo. Profesor de Derecho Romano, Universidad del Desarrollo. Alumno del programa de doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: bmusso@uc.cl. Becario CONICYT PFCHA/Doctorado Nacional 2018- 21181349.

Thus, this paper aims at identifying those sources upon which Andres Bello based his work, contributing thereby to historical and legal understanding of this controversial provision, which has been, furthermore, declared inapplicable by the Constitutional Court. This led the Constitutional Court to, subsequently, analyze the constitutionality of the provision.

KEYWORDS: Injury - Honor - Compensation for damages - Non pecuniary loss.

A MODO DE INTRODUCCIÓN

La globalización ha convertido al mundo en una aldea. Hoy, la gran mayoría de nosotros pertenece a alguna comunidad virtual¹ interactuando con otros a largas distancias, sin necesidad de verse e, incluso, sin necesidad de conocerse. Gracias a la tecnología y el desarrollo explosivo de las redes sociales, el fácil acceso a la información desde un celular² y el porte de cámaras fotográficas en el bolsillo de la gran mayoría de los sujetos que pululan por las grandes metrópolis cuando no por inexpugnables villorrios, las formas de atentar contra el honor de otro han crecido de forma inimaginable. Desde una sencilla fotografía tomada accidentalmente y luego viralizada para provocar risa por medio de algún chat –y si el sujeto fotografiado es menos afortunado, su estreno como rostro de un nuevo “meme”– hasta una “funa” nacida de la molestia inmediata por el un lento o deficiente servicio descargada a golpes de teclado en algún perfil público, muchas veces acompañada de toda clase de epítetos, fotografías, videos, entre otras muchas formas de exponer a otro, el espectro de posibilidades de actos lesivos contra el crédito de alguien es enorme, cada vez más frecuente y lo más llamativo, un acto prácticamente normalizado.

El honor es un derecho de la personalidad; un verdadero “derecho subjetivo de carácter extrapatrimonial”³ y como tal, objeto de responsabilidad civil⁴. A pesar de que el honor no ha sido tratado como un derecho de la personalidad como tal por ninguna ley positiva en nuestro sistema, revistiéndole de una fisonomía propia, dicho derecho se encuentra reconocido como tal

¹ Un estudio de la agencia We Are Social junto con la plataforma HootSuite, estima que en Chile hay más de catorce millones de usuarios de internet, e igual número de cuentas de Facebook, frente a seis millones de cuentas de Instagram. Disponible en <https://marketing4e-commerce.cl/estudio-de-interaccion-digital-en-chile/>.

² El estudio antes referido estima que existen más de veinticinco millones de teléfonos con conexión móvil en nuestro país.

³ Véase JOURDAIN (2011), pp. 362-367.

⁴ BARROS (2007), p. 329.

en nuestro ordenamiento jurídico, con protección tanto constitucional como legal. En tal sentido, nuestro sistema normativo eleva como cautela de mayor jerarquía la acción de protección de garantías constitucionales⁵, la cual, si bien eficaz para el restablecimiento del bien jurídico afectado, tiene una limitación que no la permite cuadrar con la responsabilidad civil: busca simplemente que cese la privación, perturbación o amenaza del derecho al honor por la acción u omisión ajena, sin que en ningún caso se pueda por medio de ella compensar los daños contra el honor, *in natura* o por medio de una suma de dinero.

Sumado a lo anterior, el derecho al honor tiene un antagonista: el derecho a emitir opinión sin censura previa. Por ende, es necesario en todo ordenamiento jurídico que se alcancen las medidas que resguarden ambos derechos, sin sobreproteger uno en desmedro del otro, pues ambos son fundamentales para el funcionamiento del sistema democrático⁶. Son muchos quienes se han abocado a la ardua empresa de hacerlos convivir. Nuestro objetivo no es ese, por lo que no nos detendremos en los aspectos constitucionales de este derecho.

La primera protección general –pero tangencial– al honor se encuentra en el controvertido⁷ artículo 2331 de nuestro *Código Civil*⁸, un artículo

⁵ Artículo 20 de la Constitución Política de la República, en relación con el artículo 19 número 4 de dicho cuerpo normativo.

⁶ Cfr. CHARNEY (2016), pp. 175-180.

⁷ El artículo en estudio ha sido objeto de varios recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, mencionemos –solo a modo ejemplar y sin que los fallos mencionados tengan carácter de taxativos– el considerando quinto de la causa STC, rol n.º 2887-15 el cual dispone: “QUINTO: Que, en sede de inaplicabilidad, este Tribunal ha dictado numerosas sentencias respecto del artículo 2331 del Código Civil. Entre ellas, las STC Rol N° 943 (10.06.2008); STC Rol N° 1185 (16.04.2010); STC Rol N° 1419 (23.09.2010); STC Rol N° 1463 (23.09.2010); STC Rol N° 1679 (15.03.2011); STC Rol N° 1741 (15.03.2011); STC Rol N° 1798 (29.03.2011); STC Rol N° 2085 (07.06.2012); STC Rol N° 2071 (19.06.2012); STC Rol N° 2255 (29.01.2013); STC Rol N° 2410 (29.08.2013); STC Rol 2422 (24.10.2013); STC Rol N° 2747 (25.08.2015) y STC Rol N° 2801 (25.08.2015). En las mismas, este Tribunal ha declarado inaplicable, ya total, ya parcialmente, el precepto ahora impugnado”. Incluso, el mismo tribunal haciendo uso de sus facultades de oficio que le confiere la Constitución Política de la República (art. 93 n.º7) inició un proceso de inconstitucionalidad del referido artículo (rol n.º 1723), en el cual, curiosamente, no se declaró su inconstitucionalidad por no alcanzarse el quórum requerido.

⁸ Nuestro *Código Penal*, si bien tipifica los delitos de injuria y calumnias, fue publicado en 1874, es decir, diecisiete años después de la entrada en vigencia del *Código Civil*. Por su parte, la Constitución de 1833, vigente al tiempo de la dictación del *Código*, no hace referencia alguna a este derecho, siendo reconocido en forma negativa en el artículo 10 número 3 de la Constitución de 1925 y en forma expresa en la Constitución de 1980. Sin perjuicio de ello, reconocemos al artículo 2331 como primera protección general, por cuanto existió una ley de prensa de 1823 anterior al *Código Civil* que regulaba el abuso a la libertad de prensa. Del mismo modo decimos que es tangencial por cuanto no regula un derecho al honor, sino los daños contra el honor.

un tanto extraño en relación con los demás códigos decimonónicos, donde tampoco existe una regulación orgánica o sistemática del derecho al honor, salvo por algunos esbozos de él, en algunos de ellos.

En razón de lo anterior, es que nos ha parecido llamativo desentrañar esta suerte de perfil genético del artículo 2331 del *Código* de Andrés Bello, analizando las fuentes en las que probablemente “la joya más preciosa de la ciencia de Chile”⁹ –como llamaré Francisco Bilbao a Andrés Bello– se basó para su redacción final, pues tenemos la convicción de que conociendo su origen podremos juzgar tanto su utilidad como su verdadero sentido y alcance. Nos parece que su correcto entendimiento puede contribuir a robustecer un derecho que *de facto* por la invasión tecnológica ha comenzado a languidecer. Tal empresa es más grande que nuestro propósito y, por lo mismo, contribuiremos a ella desde la historia, de la forma que la romanística acostumbra a hacerlo: siguiendo la génesis de la norma. Esperemos que la genética no nos sea intrincada.

EL ARTÍCULO 2331 DEL CÓDIGO CIVIL

Análisis de la redacción final y de sus proyectos

Como advertimos en un comienzo, Andrés Bello no se refirió ni reguló en el *Código Civil* los llamados derechos de la personalidad –entre los cuales se encuentra el derecho al honor– salvo una tratativa tangencial en el artículo 2331 de dicho cuerpo normativo¹⁰.

En nuestra doctrina no hay mayor duda en cuanto a que la fuente principal que Andrés Bello tuvo en vista al momento de redactar el título XXXV del libro IV del *Código* fue el *Code Napoléon* y las *Siete Partidas*¹¹. En dichas fuentes no aparece nada que se asemeje al artículo 2331 por lo que se ha pensado que tal disposición es una “creación original de Bello”¹². Lleva razón el hecho de que no existe en tales fuentes una disposición que se le asemeje, por lo que es muy probable que la redacción final del artículo en comento sea una innovación, pero creemos que dicha innovación tiene que ser fruto de la recopilación de ideas de fuentes distintas a las clásicamente aceptadas o, incluso, de alguna filosofía jurídica que pudo haber permeado en Andrés Bello, por lo que analizaremos estas y otras fuentes a las que el mejor jurista de

⁹ HANICH (1983), p. 21.

¹⁰ LARRAÍN (2011), p. 149.

¹¹ BARROS (2007), p. 57.

¹² DOMÍNGUEZ (2009), p. 421.

Latinoamérica pudo recurrir al momento de redactar el *Código Civil*. Hacemos eco de las palabras de Alejandro Guzmán al decir sobre las fuentes que

“habitualmente, sin embargo, se lo despacha sobre la base de determinar cuáles han sido los escritos y cuerpos legales de que tal o cual norma del código fue tomada”¹³.

Advirtamos que fuera de las notas que el mismo Andrés Bello dejó todo lo que podamos sindicar como fuente, próxima o remota, es una mera suposición basada en el acceso que potencialmente pudo tener a ellas. Pretendemos, por tanto, hacer una suposición razonable, pues “el problema de las fuentes del código es de suyo complejo y sutil”¹⁴.

Dicho todo lo anterior, es momento de hacer una retrospectión, comenzando como es lógico, por el presente.

a. Redacción actual

La redacción final del artículo 2331¹⁵ dispone:

“Las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero; pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación”.

Algunos comentarios

La redacción del artículo 2331 ha sido objeto de varias críticas, por cuanto se ha sostenido que este limita la posibilidad de demandar el resarcimiento del daño moral que experimente la víctima del descrédito o deshonor. Incluso, se ha alegado su inconstitucionalidad¹⁶. Dos palabras a este respecto:

Arturo Alessandri, en su clásica obra sobre responsabilidad extracontractual, plantea la idea de que el artículo 2331 del *Código Civil* impide que frente a las imputaciones injuriosas proferidas por alguien y que resulten en una deshonra pueda demandarse el llamado daño moral puro. En consecuencia, solo podría demandarse el daño moral con consecuencias patrimoniales cuando se pruebe que ha existido daño emergente o lucro cesante producto

¹³ GUZMÁN (1982), p. 407.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Código Civil* chileno actualizado al 20 de marzo de 2018 en virtud del decreto con fuerza de ley n.º 1 de 2018.

¹⁶ Véase LINAZASORO (2009), pp. 627-642.

de la ofensa¹⁷. Esta ha sido la forma tradicional de entender el problema. Otra interpretación que se ha dado señala que las imputaciones injuriosas a que se refiere el artículo 2331 del *Código Civil* son aquellas que no son constitutivas de delitos de injurias¹⁸ y calumnias¹⁹ ni aquellas emitidas por un medio de comunicación social²⁰ y, por ende, excepcionales, debiendo interpretarse en forma restrictiva. También se ha sostenido que el daño moral no era un concepto conocido al tiempo de la dictación del *Código Civil* por lo que no debe interpretarse el artículo 2331 –ni el 1556 del mismo *Código*– como una limitación o exclusión al daño moral, sino que contiene una exigencia general de que el daño debe ser probado y que en caso de acreditarse la veracidad de la imputación no es objeto de indemnización²¹.

Dicho lo anterior, continuemos en el análisis histórico de la norma.

b. Proyectos anteriores a la promulgación del *Código Civil*

En el proyecto de *Código Civil* de 1853 encontramos idéntica redacción de nuestro actual artículo 2331, cambiando únicamente su ubicación normativa²².

En cuanto al proyecto inédito del *Código Civil* de Amunátegui Reyes en lugar de “lucro” se utilizaba la palabra ‘provecho’ según da cuenta una anotación al pie del artículo 2331 en el proyecto definitivo del *Código Civil* de 1855²³. Se señala en la misma nota que Andrés Bello en la corrección final

¹⁷ ALESSANDRI (2005), pp. 168-169.

¹⁸ Señala el artículo 416 del *Código Penal* que constituye el delito de injurias “toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona”.

¹⁹ Dispone el artículo 412 del *Código Penal*: “Es calumnia la imputación de un delito determinado pero falso y que pueda actualmente perseguirse de oficio”.

²⁰ A este respecto, la ley n.º 19733 sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo reconoce en el artículo 29 que pueden, por medio de los medios de comunicación social, cometerse tales delitos, sancionándolos y reconociendo expresamente en su artículo 40 la posibilidad de demandarse el daño moral a este respecto.

²¹ Sobre estas interpretaciones véase LARRAÍN (2011), pp. 150-151; en particular, respecto a la última interpretación, véase DOMÍNGUEZ (2011), pp. 800-805; sobre ella resulta útil, además, ver otra interpretación histórica que vincula el honor al patrimonio y no a la dignidad de la persona, cfr. LINAZASORO (2009), pp. 630-632.

²² Artículo 2495 del proyecto de *Código Civil* chileno de 1853: “Las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona, no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria; a ménos de probarse daño emergente o lucro cesante que pueda apreciarse en dinero; pero ni aun entónces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación”.

²³ Señala el artículo 2495 del proyecto inédito: “Las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona, no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria,

del artículo 2331 del proyecto definitivo restableció la palabra 'lucro'. No encontramos ninguna nota adicional en la revisión del proyecto inédito que nos revele su fuente directa, como ocurre en otros casos (*v. gr.* En el artículo 2329 del proyecto definitivo aparece una nota de Andrés Bello, que indica como fuente la *Partida* 7).

En razón de que no tenemos la fuente directa de nuestro artículo indicado por Andrés Bello es que tendremos que recurrir a muchas otras fuentes. Creemos que la mejor forma de exponer el asunto es el siguiente, primero analizar las fuentes comúnmente aceptadas como aquellas que Andrés Bello tuvo presente en materia de responsabilidad civil extracontractual: el *Code Napoleon* y las *Siete Partidas*. Ya adelantamos el resultado de ello: no son fuentes directas del artículo 2331, pero en virtud de un planteamiento claro de la cuestión creemos conveniente revisarlos de igual forma. Luego, analizaremos otras posibles fuentes remotas, cuya revisión no se hará en razón del sistema jurídico al que pertenecen, sino a su influencia en ciertas partes del texto final de nuestro artículo en estudio.

Las fuentes generalmente aceptadas que inspiraron a Andrés Bello para la redacción del título XXXV del Código Civil

Cuando decimos que son fuentes generalmente aceptadas no estamos queriendo significar que la mayoría de la doctrina las señale como tal. Tal labor parece demasiado ardua si tenemos en cuenta que en las notas contenidas en los proyectos de *Código Civil* (proyecto de 1853 y proyecto inédito) son fuentes que se repiten con frecuencia. Las llamamos generales por cuanto del mensaje del *Código Civil* se nos refiere que la labor codificadora no ha consistido en un trasplante de disposiciones de una norma a otra, por lo que bien pueden haber sido influenciadas por otros cuerpos legales o por otra filosofía jurídica²⁴.

a. *Code Napoleon* de 1804

El *Code Napoleon*, en su libro III (denominado "de los diferentes modos de adquirir el dominio") se contiene un breve título IV dedicado a "las obligaciones que se contraen sin convención" en cuyo capítulo II se regulan los delitos y

a ménos de probarse daño emergente o *provecho* cesante, que pueda apreciarse en dinero; pero ni aun entónces tendrá lugar la indemnizacion pecuniaria, si se probare la verdad de la imputacion". La cursiva es nuestra.

²⁴ En el mensaje del *Código Civil* se lee: "III.- Desde luego concebiréis que no nos hallamos en el caso de copiar a la letra ninguno de los códigos modernos".

cuasidelitos. En tal capítulo el *Code* se refiere escuetamente en los artículos 1382 a 1386 a la responsabilidad civil extracontractual, sin hacer mención alguna a las imputaciones injuriosas. Así, en su artículo 1382 se refiere al principio general de no causar daño a otro, en el 1383 refuerza la idea de que el daño puede cometerse por descuido o imprudencia y en el artículo 1384 se refiere a la responsabilidad por el hecho ajeno o por el hecho de las cosas²⁵. Los artículos 1385 y 1386 se refieren a los daños producidos por las cosas.

b. Las *Siete Partidas* del muy sabio rey Alfonso X

Todas las referencias de Andrés Bello contenidas en el título xxxv del proyecto inédito del *Código Civil* se refieren a la *Séptima Partida*. Del mismo modo las concordancias de García Goyena²⁶ al proyecto de *Código Civil* español de 1851 se refieren “a la ley 6 y todas las del título xv de la séptima Partida”. Dicho título regula “los daños que los hombres y las bestias hacen en las cosas de otros” y en particular la ley *Sexta* se refiere al deber de enmendar el daño hecho a otro por culpa, por lo que es dable concluir que no tiene relación –al menos directamente– con el objetivo de nuestro estudio.

Ahora bien, las *Partidas* si se refieren a las injurias, pero no en la forma en que se aproxima a estas el artículo 2331, por lo que dejaremos este análisis específico para cuando nos refiramos a las injurias propiamente tal.

²⁵ Dice el *Code*:

“Artículo 1382.- Qualquier hecho del hombre que causa á otro un perjuicio, obliga a aquel que por cuya culpa sucedió, á repararlo.

Artículo 1383.- Cada uno es responsable del perjuicio que haya causado no solamente por el hecho propio, sino también por su descuido ó imprudencia.

Artículo 1384.- Se debe responder no solo del perjuicio que se cause por un hecho propio, sino tambien del que se causó por el de las personas de quienes se debe responder, ó de las cosas.

El padre y madre despues del fallecimiento del marido, son responsables de los perjuicios que causen sus hijos menores de edad que habiten en su compañía.

Los maestros y los artesanos de los de sus educandos y aprendices mientras que están á su cuidado.

Los dueños y los que dan una comision son tambien responsables del daño causado por sus domésticos, y las personas que egercen aquellas funciones ó encargos para que los hubiesen comisionado.

La responsabilidad arriba dicha tendrá lugar á no ser que el padre ó la madre, los maestros y artesanos justifiquen que no pudieron impedir el hecho que motivó tal responsabilidad”.

La lectura de los artículos 1385 y 1386 la hemos considerado irrelevante por tratarse del daño causado por las cosas –de los animales y las cosas ruinosas– por lo que no serán transcritos.

²⁶ Sabemos por Alejandro Guzmán que el proyecto de *Código Civil* español de García Goyena fue fuente de inspiración a Andrés Bello para la redacción del libro iv del *Código*. Cfr. GUZMÁN (1982), p. 423.

*Estudio de las restantes fuentes jurídicas y dogmáticas
de las que posiblemente Bello se sirvió para el establecimiento
del artículo 2331 del Código Civil*

Dijimos con anterioridad que estimamos como una forma adecuada de presentar este problema el ir analizando el artículo por partes. Otra forma sería hacerlo por sistemas jurídicos, pero creemos que ello finalmente haría de la lectura un puzzle.

a. Las imputaciones injuriosas contra el honor
o el crédito de una persona...

Una lei de imprenta contenida en el Índice Jeneral de *Leyes promulgadas en Chile desde 1810 hasta el primero de junio de 1913* de Ricardo Anguita establece el vocablo 'nota de injurioso' de donde podría provenir la frase "imputación injuriosa" establecida por Andrés Bello. Señala el artículo 15 de dicha ley que "la nota de injurioso corresponde a todo impreso contrario al honor y buena opinión de cualquiera persona" honor y buena opinión son bastante coincidentes con los dos conceptos establecidos por Andrés Bello en el artículo 2331. Honor simplemente coincide en ambas disposiciones. Crédito, creemos, que es sinónimo de "buena opinión" Ello porque, primero, no nos parece lógico que se refiera a la facultad de exigir un comportamiento de otro, como lo hace en el artículo 577 y segundo, porque la voz 'crédito' viene del latín *creditum*, que, a su vez, tiene su origen en *credere*, es decir, confiar²⁷.

También se alude a ella en el proyecto de *Código Civil* español de 1851 de Florencio García Goyena. Ahora bien, ello se hace únicamente a la responsabilidad civil contraída por injuria en el artículo 1976 referente a la prescripción liberatoria²⁸. Este artículo hace un reenvío al capítulo 3° del título XXI del proyecto de *Código Civil*²⁹, sin perjuicio de lo cual, en dicho capítulo, como en los restantes dos capítulos del título XXI no existe artículo alguno que tenga relación con la responsabilidad por injuria, lo cual resulta

²⁷ Así, en el *Diccionario de derecho romano y latines jurídicos* de Guillermo Cabanellas de Torres y Gabriel de Reina Tardié se aprecia entre otros significados que crédito puede referirse a "reputación, celebridad, fama, renombre, autoridad"; "opinión de que goza una persona cuando se espera que satisfará puntualmente los compromisos contraídos o las promesas formuladas"; o "confianza que inspira la palabra solemne de otra".

²⁸ Dice: "Prescribe igualmente en un año la responsabilidad civil que se contrae por la injuria o la calumnia, y por la culpa o negligencia, de que se trata en el capítulo 3°, título 21 de este libro, desde que lo supo el agraviado".

²⁹ El título XXI del proyecto de *Código Civil* español de 1851 trata sobre "las obligaciones que se contraen sin convención" y el capítulo 3° sobre "las obligaciones que nacen de la culpa o negligencia".

llamativo, pues existe una norma expresa de reenvío, pero no el contenido al cual se está haciendo tal reenvío. Las razones para ello no son claras, bien podría el redactor del proyecto de *Código* haber tenido a la vista alguna otra fuente, teniendo la intención de establecer dicha disposición, pero olvidando redactar la norma específica en el texto final o, bien, se ha optado por subsumir las “imputaciones injuriosas” en el artículo 1900³⁰.

Las *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español* de Florencio García Goyena: establecen como fuentes del artículo 1900 el *Código Napoleón*³¹, el *Código Napolitano*³², el *Código Sardo*³³, el *Código de Vaud*³⁴, el *Código Holandés*³⁵, y el *Código de la Louisiana*³⁶. En algunos de ellos existen referencias a las injurias, sobre todo en los artículos 1408 a 1416 del *Código Holandés*, y en el *Código de las Lousianas*, sin perjuicio de lo cual no existe una regulación similar a la que hace Andrés Bello en el artículo 2331 de nuestro *Código*. A su turno, viendo las concordancias del artículo 1796, estas se refieren –aunque a propósito de la prescripción liberatoria– a “la acción civil para la reparación de las injurias sean verbales ó escritas” en el artículo 3301 del *Lousiana's civil code*.

Las concordancias de Florencio García Goyena fueron un gran referente para Andrés Bello en su proceso codificador³⁷. Tales concordancias se refieren a otros varios códigos decimonónicos respecto a los cuales no sabemos si Andrés Bello tuvo acceso. Sin embargo, sí sabemos que estudió las concordancias de Saint Joseph³⁸ y de ellas destaca sobre la materia en estudio el *Código Holandés* y el *Código Austriaco*. Sin perjuicio de ello, nos referiremos al primero a propósito de la *exceptio veritatis* y al segundo en razón de la posibilidad de accionar.

A las injurias, adelantábamos, se refieren también las *Partidas*. En la *Séptima* de ellas se regulan los delitos o yerros y el proceso penal.

En su título IX, la *Séptima Partida* regula las “deshonras hechas o dichas a los vivos, contra los muertos y de los famosos libelos”. En la primera ley de

³⁰ Señala el artículo 1900: “Todo el que ejecuta un hecho en que interviene algun género de culpa ó negligencia, aunque no constituya delito o falta, está obligado a la reparacion del perjuicio ocasionado á tercero”.

³¹ Artículos 1382 y 1383.

³² Artículos 1336 y 1337.

³³ Artículos 1500 y 1501.

³⁴ Artículos 1037 y 1038.

³⁵ Las concordancias de Florencio García Goyena hablan de los artículos 1401 y 1402 en cuanto a las fuentes del artículo 1900. Empero, según las concordancias de Saint Joseph, son atingentes a nuestro estudio los artículos 1408 y 1413 del *burgerlijke Wetboek*.

³⁶ Artículos 2294 y 2295.

³⁷ GUZMÁN (1982), p. 423.

³⁸ *Ibid.*

este título se nos explica que son deshonras y de cuantas maneras son estas. Señala la ley 1, del título IX, de la *Séptima Partida* que:

Injuria en latin tanto quiere dezir en romance, como deshonrra, que es fecha, o dicha a otro, a tuerto, o a despreciamiento, del: como como quier que muchas maneras son de deshonra, pero todas descien den de dos rayzes. La primera es de palabra. La segunda es de fecho. E de palabra es, como si vn ome denostasse a otro, o le diesse bozes ante muchos, faziendo escarnio del, o poniéndole algún nome malo, o diciendo empos muchas palabras atales, onde se iuuiesse el otro por sehonrrado, Esso mismo dezimos que seria, si fiziesse esto fazer a otro, assi como a los rapazes o a otro qualesquier. La otra manera es, quando dixesse mal del ante muchos, por palabras, razonando mal, o infamandolo de algun yerro, o denostandolo. Esso mesmo dezimos que seria, si dixese mal del a su señor con intencion de fazer tuerto, o deshonrra, o por le fazer perder su merced. E de tal deshonrra como esta puede demandar emienda aquel a quien la fizieren, tambien si non estuuere delante, quando le fizieren la deshonrra, como si estuuiesse presente. Pero si aquel que deshonrrasse a otro por tales palabras, o por otras semejantes dellas, las otorgasse e quisiesse demostrar que es verdad aquel mal que le dixo del non cae en pena ninguna, si lo prouasse. Esto es por dos razones. La primera es, porque dixo verdad. La segunda es, porque los fazedores del mal se recelen de lo fazer, por el afrenta, e por el escarnio, que recibirian del.

Injuria en latín tanto quiere decir en romance como deshonra que es hecha o dicha a otro a tuerto o desprecio de él. Y comoquiera que muchas maneras hay de deshonra, pero todas descien den de dos raíces: la primera es de palabra, la segunda, de hecho. Y de la palabra es así como si un hombre denostase a otro o de diese voces ante muchos, haciendo escarnio de él o poniéndole algún nombre malo, o diciendo en pos de él palabras tales por las que se tuviese el otro por deshonrado. Eso mismo decimos que sería si hiziese esto hacer a otros así como a los rapaces o a otros cualesquiera. La otra manera es cuando dijese mal de él ante muchos, razonándolo mal o infamándolo de algún yerro o denostándolo. Eso mismo sería si dijese algún mal de él a su señor con intención de hacerle tuerto o deshonra, o por hacerle perder su merced. Y tal deshonra como esta puede demandar enmienda aquel a quien la hicieren, también si no estuviere presente cuando le hicieren la deshonra, como si estuviere presente. Pero si aquel que deshonrase a otro por tales palabras, o por semejantes de ellas, las otorgase y quisiesse probar que es verdad aquel mal que dijo de él no cae en ninguna pena, si lo probase. Esto es por dos razones. La primera, porque dijo la verdad. La segunda, porque los hacedores del mal se recelen de lo hecho, por la afrenta, y por el escarnio que recibirían de él.

A su turno, dentro del mismo título IX se dan la razones por las que no debe ser oído aquel que dijo mal de otro, aunque lo quisiesse probar; la deshonra que hace un hombre a otro por cantos o por rimas; como hace un

hombre a otro agravios; los que deshonoran a las vírgenes, viudas y casadas enviándoles joyas alcahuetas; las formas de hacer deshonoras de hecho; quien puede deshonorar, contra quien se puede deshonorar, etcétera.

Con todo, el termino 'iniuria' proviene del derecho romano³⁹, conociéndose ya desde las *XII tablas*, pero con un sentido de lesión corporal (*membrum rupsit, ossis fregerit, iniuria faxsit*)⁴⁰. Sin perjuicio de ello en la *Tabla VIII*, rubrica *V* se reconocen como tipos de *iniuria* las canciones infamantes.

XII tabulae cum parpaucas res capite sanxissent, in his hanc quoque sancientiam putaverunt: si quis occentavisset sive carmen condisset, quod infamiam facert flagitiumve alteri.

Las *XII tablas*, que castigan con las pena capital, consideraron que ésta se debía aplicar también en aquellos casos en los que alguien ultrajara o compusiera canciones que producen infamia o deshonor a otra persona.

Ya desde la época clásica se entenderá la *iniuria* como contumelias⁴¹ estableciéndose en el *edictum generale* formas generales y especiales de ofender a otro⁴². Del mismo modo, en el derecho romano se estimó como delito público la calumnia⁴³.

Recordemos que las partidas eran legislación antes de la codificación al igual que la ley de imprenta por lo que no dudamos de que Andrés Bello las conociera.

b. ...no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria...

Hemos sostenido que las *Siete Partidas* fueron una fuente de inspiración de Andrés Bello en la tratativa de los delitos y cuasidelitos. Ahora bien, estima-

³⁹ En su sentido más elemental significa toda clase de injusticia. SERAFINI (1927), p. 245; mismo que parece haberle dado Andrés Bello en el artículo 44 del *Código Civil*.

⁴⁰ *Tabla* 8.2-4

⁴¹ GUZMÁN (2010), p. 269; Creemos que por influencia de la *lex Aquilia*, que se erigió como una forma general de reparación de daños.

⁴² La forma general tiene relación con golpear en forma infamante, las formas especiales con "(i) el convicium aduersus bonos mores, es decir, reunirse un grupo o comparecer alguien solo ante la morada de otro para ofenderle e insultarle en voz alta y con alboroto; (ii) de adtemptata pudicitia, consistente en el hecho de apartar al acompañante de una mater familias en la calle para dejarla sola en consecuencia, o en seguir a un mozo o moza (praetextatus praetextatave) importunándolos procazmente; (iii) en seguida la difamación de palabra u obra (ne quid infamandi causa fiat); y, finalmente, (iv) el hecho de azotar a un siervo ajeno, someterlo a tormento (quaestio) o vejarlo de otro modo, sin autorización de su dueño". En GUZMÁN (2010), p. 270.

⁴³ Véase MOMMSEN (1999), pp. 468-473.

mos que don Andrés se apartó de las *Partidas* en esta materia, por cuanto en ellas se permitía accionar a fin de obtener una indemnización por las injurias.

En las *Séptima Partida*, de entre todas las leyes que regula el título IX destaca a nuestro juicio a ley XXI en cuanto a la posibilidad de accionar respecto a las injurias. Dice tal ley:

Cierta pena, ni cierta enmienda, no podemos establecer en razón de enmiendas que deuen fazer los vnos a los otros, por los tuertos, e las deshonrras que son fechas entre ellos; porque en vna deshonrra mesma non puede non puede venir ygual pena, ni ygual emienda, por razón del departimiento que diximos en la ley antes destam que auian; porque las personas, e los fechos dellas, non son contados por yguales. E como quier que la pusimos a los que fazen malas cantigas, o rimas, o dictados malos, o a quien deshonrra los enfermos, o los muertos; porque cierta pena non podemos poner a cada vna de las otras deshonrras, por las razones de suso dichas, tenemos por bien, e mandamos, que qualquier que reciba tuerto, o deshonrra, que pueda demandar emienda della, en vna de estas dos maneras, qual mas quisiere. La primera, que faga el que lo deshonrró, emienda de pecho de dineros. La otra es manera de acusacion, pidiendo, que el que le que el que le fizo el tuerto, que sea escarmentado por ello, segund aluedrio del Judgador...

Cierta pena ni cierta enmienda no podemos establecer en razón de las enmiendas que deben hacer unos hombres a otros por las noticias o deshonras que son hechas entre ellos, porque en una deshonra mismo no puede ser igual la pena ni igual en enmienda en razón de las diferencias que dijimos en la ley antes de esta, que ocurren, porque las personas y los hechos de ellas no son contados por iguales. Y comoquiera que la pusimos a los que hacen malas cantigas o rimas o dictados males, y a quien deshonrase enfermos o muertos, pues que cierta pena no la podemos poner a cada una en las otras deshonras por las razones antes dichas, tenemos por bien y mandamos a cualquier hombre que reciba injusticia o deshonra, que pueda demandar enmienda de ella en una de estas dos maneras, cual más quisiere: la primera es que le haga el que le deshonró enmienda en pago de dinero; la otra en manera de acusación, pidiendo que el que hizo mala acción sea escarmentado por ello según albedrío del juez...

De lo que podemos analizar las *Partidas* tuvieron a bien la posibilidad de perseguir una indemnización por imputaciones injuriosas, sin establecer limitaciones a la probanza de daño emergente ni lucro cesante como nuestro artículo en estudio.

Otra de las fuentes de inspiración de Andrés Bello fue el *Código de las Lousianas*, que también recoge la posibilidad de accionar por injurias. Desde luego, señala un plazo de prescripción extintiva en el ya visto artículo 3301 de dicho código.

El *Código Civil* holandés en su artículo 1408 reconoce también la posibilidad de accionar por injurias, señalándose, incluso, la forma en que debe ser fijada su indemnización:

De burgerlijke rechtsvordering terzake van belediging strekt tot vergoeding van de schade, en tot betering van het nadeel in eer en goede naam geleden.

De rechter zal, bij de waardering daarvan letten op het min of meer grove van de belediging, benevens op de hoedanigheid, de stand en de fortuin der wederzijdse partijen, en op de omstandigheden.

“1408.- Estos daños y perjuicios se concederán igualmente cuando se trate de injurias, quedando a la consideración del juez fijarlos según la gravedad del hecho, la fortuna de las partes, y según las circunstancias”.

En las concordancias de Saint Joseph aparece junto a esta disposición entre paréntesis “L. Franc. del 17 de mayo de 1819”⁴⁴.

A su turno el *ABGB* el referido en las concordancias de Saint Joseph dispone en su artículo 1330: “Se responde también de la consecuencia de una calumnia”

De lo que venimos señalando no significa que Andrés Bello niegue absolutamente la reparación por los daños contra el honor. Ello no es tal. Nuestro *Código* los reconoce, pero siempre y cuando se pruebe daño emergente o lucro cesante. Ello de verá a continuación.

⁴⁴ La concordancia parece referirse a la *Loi du 17 mai 1819*. Hemos revisado la anotación referida al margen del *Código Holandés* respecto a una ley de prensa francesa de 1819, sin perjuicio de no dar con el texto original de dicha ley, una recopilación general de leyes y jurisprudencia de 1819 se refiere a ella en cuanto a la difamación pudiendo extraer que en dicho cuerpo normativo la injuria es considerada un delito. Dicen los extractos que pudimos rescatar: “La diffamation verbale rentre dans la classe del injurios verbales et n’ es possible que des peines de pólíce quand elle n’a pas la caractere de publicité determine por la loi du 17 mai 1819.” (“La difamación verbal cae dentro de la clase de injuria verbal y se castiga con sanciones policiales cuando no tiene carácter de publicidad determinada por la ley del 17 de mayo de 1819.”) y “de la meme lui, qui declare punissables d’apres les dispositions etablies dans les articles suivans, la diffamation et l’injure commises par l’un des moyens enonces dans l’art. 1 de la loi, qui met au rang des moyens de provocation aus crimes et delits les diseurs cris ou menaces proferes dans lieux ou reunions publics” (“de la misma persona, que declara punible por las disposiciones establecidas en los artículos siguientes, difamación e insulto por uno de los medios establecidos en el art. 1 de la ley que pone en el rango de los medios de provocación a los delitos y ofensas que los sujetos gritan o profesan amenazas a en lugares o reuniones públicas”).

c. a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero;

En esta materia encontramos una referencia en el *Código Civil* de las Lousianas del que Andrés Bello también parece haberse alejado, pues este *Código* reconoce que en el caso de las ofensas y de las cuasiofensas puede ser calculado el daño sin necesidad de que exista daño emergente o lucro cesante. Así, se dispone en el artículo 1928 de dicho cuerpo normativo:

Where the object of the contract is anything but the payment of money, the damages due to the creditor for its breach are the amount of the loss he has sustained, and the profit of which he has been deprived, under the following exceptions and modifications:

although the general rule is, that damages are the amount of the loss the creditor has sustained, or of the gain of which he has been deprived, yet there are cases in which damages may be assessed without calculating altogether on pecuniary loss, or the privation of pecuniary gain ... in the assessment of damages under this rule, as well in cases of the offences, quasi offences, and quasi contract, much discretion must be left to the judge or jury, while in other cases they have none, but are bound to give such damages under the above rules as will fully indemnify the creditors, whenever the contract has been broken by the fault negligence, fraud or bad faith of the debtor.

Cuando el objeto del contrato no es más que el pago de dinero, los daños que se le deben al acreedor por su incumplimiento son la cantidad de la pérdida que ha sufrido y el beneficio de la que ha sido privado, en virtud de las siguientes excepciones y modificaciones:

aunque la regla general es que los daños son el monto de la pérdida que ha sufrido el acreedor, o de la ganancia de la que ha sido privado, sin embargo, hay casos en que los daños pueden ser evaluados sin calcular la pérdida total, o el privación de ganancia pecuniaria ... en la evaluación de daños y perjuicios bajo esta regla, así como en los casos de ofensas, cuasi ofensas y cuasi contrato, mucha discreción debe dejarse al juez o jurado, mientras que en otros casos no tienen ninguna, pero están obligados a dar tales daños bajo las reglas anteriores, como indemnizará completamente a los acreedores, siempre que el contrato haya sido roto por culpa negligencia, fraude o mala fe del deudor.

Es curioso como el *Civil Code of Louisiana* trata las indemnizaciones por ofensas o cuasiofensas en relación con la tratativa de nuestro *Código*, pues, mientras el segundo parece restringir la indemnización a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, el primero es aparentemente más laxo.

Creemos que lo que ha hecho a Andrés Bello restringir la posibilidad de acción se encuentra en el pensamiento jurídico de Bentham.

Andrés Bello fue amanuense de Bentham cuando estuvo en Londres por lo que el pensamiento jurídico del jurista británico permeo en nuestro codificador.

De las lecturas que hemos hecho de Bentham en sus *Principios del Código Penal* nos parece posible que su pensamiento jurídico haya influido en Andrés Bello, puesto que no cree que la sanción pecuniaria en los atentados contra el honor sea la forma ideal de satisfacción, cree mejor –sin que este exento de críticas– el establecimiento del duelo y propone otras medidas no pecuniarias para la satisfacción del honor.

Dice Bentham:

“la satisfacción pecuniaria se emplea en algunos casos porque lo exige la naturaleza misma del delito; y en otros porque es la única que permiten las circunstancias [...] En las injurias contra la persona, una satisfacción pecuniaria puede ser conveniente o no, según la medida de los bienes de una y otra parte”⁴⁵.

Continúa señalando:

*“En las injurias que tocan al honor, y generalmente en los casos en que no puede apreciarse en dinero ni el mal del ofendido ni el provecho del delincuente, regularmente no consigue su fin este género de satisfacción”*⁴⁶.

Agrega:

“la sanción popular se presentó a llenar este vacío con el remedio subsidiario del duelo, imponiendo a cada uno la obligación de vengar por sí mismo sus ultrajes” en igual sentido razona que “el público tiene razón generalmente en este sistema de honor: la verdadera falta está en las leyes: 1° por haber dejado subsistir en los insultos una anarquía que ha precisado a recurrir a este extraño y desgraciado medio; 2° por haberse querido oponer al duelo, remedio imperfecto pero único; 3° por haberlo combatido solamente con medios desproporcionados e ineficaces”.

John Charney nos aporta otra frase de Bentham que refuerza lo que ya venimos diciendo. Según este autor para Bentham

“la verdad debe ser siempre justificada y la falsedad, en determinadas circunstancias, debe ser excusada. Cualesquiera sean los perjuicios que esta medida puede ocasionar”⁴⁷.

⁴⁵ ESCRICHE (1839), p. 29; Sobre esta última frase cabe recordar que Gonzalo Linazasoro tiene una forma distinta de interpretar el artículo 2331 en cuanto a su contexto histórico. Para este autor el honor de la persona no tiene relación con la dignidad humana sino con su patrimonio. Cfr. LINAZASORO (2009), pp. 630-632.

⁴⁶ ESCRICHE (1839), p. 29. El desatacado es nuestro.

⁴⁷ Véase CHARNEY (2016), p. 185, nota 36.

Como es posible observar, para Bentham la reparación pecuniaria, medida que establece el artículo 2331, es ineficaz para los daños al honor, encontrando en el duelo una mejor herramienta. Sin perjuicio de ello, Bentham propone como mecanismos remediales la amonestación simple, lectura a viva voz del delincuente la sentencia que contra él pesa, un discurso de humillación, vestidos emblemáticos o uso de máscaras, publicidad del juicio, destierro, etc. Como él mismo señala: “el mal se ha hecho por una afrenta y solamente se puede reparar por otra”⁴⁸.

En razón del desprecio a la reparación pecuniaria es que creemos que la filosofía utilitarista de Bentham pudo haber influido en que Andrés Bello limitara la posibilidad de accionar.

Javier Barrientos apunta en el mismo sentido y agrega dos elementos no menores a considerar: primero, que Gabriel Ocampo habría anotado en forma manuscrita en su proyecto de *Código Civil* de 1855 una nota a propósito del artículo 2331 que decía: “derogatorio de la práctica y de las leyes que permiten estimar la injuria en una cantidad de dinero” y segundo, que en las “*Instituciones de Derecho Romano*” de Andrés Bello este habría señalado: “en la práctica la estimación de la injuria se modera por arbitrio del juez, y no se concede al actor cuando las leyes locales la designan”⁴⁹.

Javier Barrientos amplía la primera cita que hemos dado de Bentham⁵⁰, donde el inglés recuerda lo insignificante que llegó a resultar la condena pecuniaria por injurias en las *XII Tablas*⁵¹. Ello nos evoca aquel dialogo entre Favorino y Africano, registrada por Labeón, según Aulo Gelio, en su obra perdida sobre las *XII Tablas*. Dice tal conversación:

⁴⁸ ESCRICHE (1839), p. 29.

⁴⁹ Cfr. BARRIENTOS (2016), p. 1096.

⁵⁰ “la antigua ley romana que aseguraba un escudo de indemnización al que recibía una bofetada no ponía en seguridad el honor de los ciudadanos”, vid. ESCRICHE (1839), p. 29.

⁵¹ En efecto, la condena era por veinticinco ases (t. VIII,4) Cicerón (Inst. 3,223.) señala: “Poena autem iniuriarum ex lege XII tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat; propter os uero fractum aut conlissum trecentorum assium poena erat, si libero os fractum erat; at si seruo, CL; propter ceteras uero iniurias XXV assium poena erat constituta. Et uidebantur illis temporibus in magna paupertate satis idoneae istae pecuniae poenae” (“según la ley de las XII tablas, la pena por la inutilización de un miembro era el talió; en caso de fractura o fisura de un hueso, la pena era de trescientos asses si el hueso se había fracturado a un hombre libre y, si era esclavo, de ciento cincuenta asses. Para las otras clases de ofensas se estableció una pena de 25 asses. Y estas penas pecuniarias debieron parecer suficientes en aquellos tiempos de extrema pobreza”. El destacado en nuestro).

12.- Quod vero dixi videri quaedam esse impendio molliora, nonne tibi quoque videtur nimis esse dilutum, quod ita de iniuria poenienda scriptum est: “Si iniuriam alteri faxit, viginti quinque aeris poenae sunt.” Quis enim erittam inops, quem ab iniuriae faciendae libidine viginti quinque asses deterreant?

13.- Itaque cum eam legem Labeo quoque vester in libris quos ad duodecim tabulas conscripsit, non probaret: “...” inquit “L. Veratius fuit egregie homo inprobus atque inmani vecordia. Is pro delectamento habebat os hominis liberi manus suae palma verberare. Eum servus sequebatur ferens crumenam plenam assium; ut quemque depal-maverat, numerari statim secundum duodecim tabulas quinque et viginti asses iubebat.” Propterea” inquit “praetores postea hanc abolescere et relinquere censuerunt iniuriisque aestumandis recuperatores se daturus edixerunt⁵².

12.- “Puesto que dije que en realidad pareciera ser ciertamente más leve el impendio ¿no te parece también a ti estar excesivamente diluido? ya que, sobre la injuria, ha sido escrito así: ‘Si hizo injuria a otro, sean veinticinco monedas de bronce de pena’. ¿Quién, ciertamente, será tan pobre que veinticinco ases le atemoricen de hacer injurias por placer?”

13.- “Y así, vuestro Labeón tampoco lo aprobó cuando escribió sobre aquella ley en los libros sobre las XII Tablas: ‘Ciertamente’, inquiriere, ‘L. Veracio fue un hombre conocidamente improbo y de gran insensatez. Él tenía como deleite golpear con la palma de su mano la cara a los hombres libres. Un esclavo lo seguía portando una bolsa llena de ases; de modo que a cada uno que abofeteaba, ordenaba ser pagados los veinticinco ases inmediatamente según la Ley de las XII Tablas’. ‘Por ello’, inquiriere, ‘los pretores, luego, establecieron por edicto la abolición de esta y se dejó, según consideraron, la estimación de las injurias a los recuperadores nombrados por ellos’”.

d. ...pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación

Al parecer la *exceptio veritatis* puede provenir de múltiples fuentes.

En primer lugar ella está contenida en la *lei de imprenta* de 1828, antes referida. Establece el artículo 16

“pero no merecerán tampoco la nota de injuriosos los impresos en que se publiquen las omisiones o excesos que los empleados públicos comentan en el ejercicio de sus funciones, siempre que el autor pruebe la verdad de los hechos”

misma idea que se repite a propósito de la *exceptio veritatis* en el artículo 17 de dicha ley al referir:

⁵² *Noctes Atticae* 20, 1, 12-13

⁵³ CARVAJAL (2013), pp. 729-730.

“No merecerán tampoco la nota de injuriosos los impresos en que se atribuyan a alguna persona crímenes que produzcan acción popular, con tal que el autor pruebe la verdad de los hechos en los términos perentorios de esta lei”.

También la encontramos en las *Partidas*. En la ya comentada Ley I, del título IX, de la *Partida Séptima* se señala:

...Pero si aquel que deshonrase a otro por tales palabras, o por otras semejantes dellas, las otorgasse e quisiese demostrar que es verdad aquel mal que le dixo del non cae en pena ninguna, si lo prouasse. Esto es por dos razones. La primera es, porque dixo verdad. La segunda es, porque los fazedores del mal se recelen de lo fazer, por el afrenta, e por el escarnio, que recibirían del.

...Pero si aquel que deshonrase a otro por tales palabras, o por semejantes de ellas, las otorgase y quisiese probar que es verdad aquel mal que dijo de él no cae en ninguna pena, si lo probase. Esto es por dos razones. La primera, porque dijo la verdad. La segunda, porque los hacedores del mal se recelen de lo hecho, por la afrenta, y por el escarnio que recibirían de él.

Del mismo modo el artículo 1413 del *burgerlijke Wetboek* establece la prueba de la veracidad de los dichos como excepción frente a la acción indemnizatoria, salvo que más que informar sea evidente que con los dichos se ha buscado injuriar.

Ook kan de burgerlijke rechtsoverdring niet worden toegewezen, indien de beledigde aan het te laste gelegd feit bij rechterlijk gewijsde onherroepelijk is schuldig verklaard.

“1413.- no habrá lugar a la acción civil si la verdad del hecho resulta de un juicio o un acto autentico, a no ser que la acción de insultar sea muy evidente.”

Hij echter, die kennelijk met het enige doel van belediging, ook dan wanneer de waarheid der aantijging uit een gewijsde of een authentieke akte blijkt, iemand deswege met beledigingen vervolgt, is verplicht aan denzelven de schade te vergoeden, welke deze daardoor lijdt.

Así las cosas, parece que en tiempos de la codificación la *exceptio veritatis* tiene un amplio reconocimiento. Creemos que ello tiene relación con el espíritu revolucionario francés y el pensamiento ilustrado y del liberalismo, donde la necesidad de informar sin censura previa era un derecho que garantiza el sistema democrático y el buen gobierno⁵⁴.

⁵⁴ Así J. Stuart Mill decía: “Debemos esperar que haya pasado ya el tiempo en que era necesario defender la “libertad de prensa”, como seguridad contra un gobierno corrompido y tiránico”

CONCLUSIONES

1. El artículo 2331 del *Código Civil* no tiene su fuente directa ni en el *Código Civil* francés ni en las *Siete Partidas*, por lo que bien podría ser una innovación de Andrés Bello.
2. No obstante, los elementos que contiene en artículo 2331 parecen provenir de varias fuentes.
3. En cuanto al uso del término 'injuria' ya desde el derecho romano clásico se asimila la injuria al atentado contra el honor. Incluso, en las *XII Tablas* tiene un reconocimiento (T. VIII,5). Luego las injurias serán tomadas por la *Séptima partida* y por una ley de imprenta de 1828. Tal término aparece mencionado en las *Lousianas* y en el proyecto de *Código Civil* español de Florencio García Goyena.
4. Andrés Bello se aparta de los códigos decimonónicos y de las *Partidas* en cuanto a la posibilidad de accionar por los daños contra el honor. En las *Partidas* y en los *Códigos* (*Lousianas*, holandés y austriaco) no se establece limitación para accionar.
5. En cuanto a la excepción para accionar probándose un daño patrimonial, las *Lousianas* establecen la posibilidad de hacerlo sin necesidad de acreditarse tal perjuicio. Creemos que Andrés Bello fue influenciado por el pensamiento jurídico y filosofía utilitarista de Bentham que no veía en la sanción pecuniaria la forma idónea para proteger el honor.
6. La *exceptio veritatis* es común a las fuentes de Andrés Bello por lo cual se ve reflejada en nuestro *Código Civil*.
7. Sin dudas el artículo 2331 es complejo. Su inconstitucionalidad o no, es un tema al cual hemos evitado referirnos. Creemos que debemos razonar en su interpretación en clave a la protección del derecho al honor como un derecho de la personalidad integrado al patrimonio de cada uno como un derecho subjetivo. Analizadas las fuentes, pensamos que Andrés Bello efectivamente quiso limitar la reparación de los daños producto de las injurias por influencia de Bentham; sin embargo, el *Código* es una ley que debe ser interpretada siempre para su correcta aplicación. Aunque estemos convencidos de que Andrés Bello buscó limitar su reparación, su obra se debe desligar de su autor y sus influencias son otro elemento de interpretación más, así como el principio de reparación integral del daño, una interpretación armónica, sistemática, gramatical e histórica en relación con el artículo 1556 y 2320 y habida consideración de que el daño moral no estaba en la mente de los codificadores de antaño, pensamos que la correcta lectura hoy del artículo 2331 es:

“las imputaciones injuriosas contra el honor el crédito de una persona no dan derecho para demandar su indemnización pecuniaria, a menos de probarse un daño que pueda apreciarse en dinero, pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación”

tal limitación es importante y no creemos que deba expulsarse del ordenamiento jurídico, pues evita las acciones por meras ofensas (*v. gr.* La nutricionista o entrenadora personal que la “gordita” a su paciente o cliente).

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo (2005): *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ANGUITA, Ricardo (1913): *Leyes promulgadas en Chile desde 1810 hasta el 1° de junio de 1913. Índice general*. Disponible en www.memoriachilena.cl/archivos2/pdfs/MC0007932.pdf [fecha consulta: 29 de mayo de 2018].
- BARRIENTOS, Javier (2016): *El Código Civil. Su jurisprudencia e historia* (Santiago, Thompson Reuters), tomo II.
- BARROS, Enrique (2007): *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CHARNEY, John (2016): “La tensión entre la libertad de emitir opinión y la de informar y la honra de las personas: importancia y límites de la *exceptio veritatis*”, en *Revista de Derecho*, vol. 29: pp. 175-193.
- CARVAJAL, Patricio-Ignacio (2013): “Apuntes sobre la injuria en la XII tablas y su transmisión textual”, en *Revista Chilena de Derecho (Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile)*, vol. 40, n.º 2: pp. 727-743.
- DOMINGO, Rafael (trad.) (2002): *XII Tablas* (Navarra, Editorial Aranzadi).
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2009): “Los derechos de la personalidad y la reparación integral del daño”, en Carlos PIZARRO (coord.), *Estudios de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (Santiago, Abeldo Perrot-Thompson Reuters). tomo IV.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2011): “La tutela al honor: una mirada presente y hacia el futuro” en Fabián ELORRIAGA (coord.), *Estudios de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (Santiago, Abeldo Perrot-Thompson Reuters), tomo VII.
- ESCRICHE, Joaquín (1839): *Compendio de los tratados de legislación civil y penal de Jeremías Bentham*. Disponible en <http://fama2.us.es/fde/2006/compendioDeLosTratadosDeBentham.pdf> [fecha consulta: 4 de junio de 2018].

- GUZMÁN, Alejandro (1982): *Andrés Bello codificador* (Santiago, Ediciones Universidad de Chile).
- GUZMÁN, Alejandro (2010): *Derecho privado romano* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- HANICH, Hugo (1983): *Andrés Bello y su obra en derecho romano* (Santiago, Ediciones del Consejo de Rectores de Universidades Chilenas).
- JOURDAIN, Patrice (2011): *Los derechos de la personalidad en búsqueda de un modelo: la responsabilidad civil*, traducción del Francés por Milagros Koteich.
- LARRAÍN PÁEZ, Cristián (2011): "Algunas cuestiones relevantes sobre el derecho al honor, y la responsabilidad civil en particular, sobre el daño moral, el artículo 2331 del Código Civil y la legitimación activa", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 17: pp. 143-189.
- LIZANSORO, Gonzalo (2009): "Artículo 2331 del Código Civil: las razones de su inaplicabilidad por inconstitucionalidad", en Carlos PIZARRO (coord.), *Estudios de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (Santiago, Abeldo Perrot-Thompson Reuters), tomo IV.
- LÓPEZ TOVAR, Gregorio (trad.) (1844): *Siete Partidas* (Madrid, Compañía general de impresores y libreros del Reino).
- MILL, J. Stuart (1859): *Sobre la libertad*. Disponible en <https://ldeuba.files.wordpress.com/2013/02/libro-stuart-mill-john-sobre-la-libertad.pdf> [fecha de consulta: 19 de julio de 2018].
- SERAFINI, Felipe (1927): *Derecho romano* (Bilbao, Espasa-Calpe Editores).

Normas citadas

Código Civil chileno.

Código Penal chileno.

Ley n.º 19733 sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo.

Código Napoleón (1809). Disponible en <http://fama2.us.es/fde/ocr/2004/codigo-Napoleon.pdf> [fecha consulta: 24 de mayo de 2018].

CONCORDANCIA ENTRE EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS Y LOS CÓDIGOS CIVILES ESTRANJEROS (1852). Disponible en http://fama2.us.es/fde/ocr/2008/concordancia_Entre_El_CodigoCivil_Frances.pdf [fecha consulta: 23 de mayo de 2018].

CONCORDANCIAS, MOTIVOS Y COMENTARIOS DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL por Florencio García Goyena. Disponible en <http://fama2.us.es/fde/ocr/2007/concordanciasDelCodigoCivilT1.pdf> [fecha consulta: 27 de mayo de 2018].

RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS (1819). Disponible en <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9676195w/f150.item.r=17%20de%20mayo%201819> [fecha consulta: 25 de mayo de 2018].

PROYECTO DE *CÓDIGO CIVIL* DE 1853. Disponible en www.memoriachilena.cl/602/w3-article-10454.html [fecha consulta: 22 de mayo de 2018].

PROYECTO INÉDITO DE *CÓDIGO CIVIL*. Disponible en www.memoriachilena.cl/602/w3-article-10455.html [fecha consulta: 22 de mayo de 2018].

PROYECTO DE *CÓDIGO CIVIL* ESPAÑOL DE 1852. Disponible en <http://webs.um.es/jal/leyes/1851-Proyecto.pdf> [fecha consulta: 27 de mayo de 2018]

ALGUNAS REFLEXIONES A PARTIR DEL ENIGMÁTICO ARTÍCULO 2339 DEL CÓDIGO CIVIL

SOME REFLECTIONS FROM THE ENIGMATIC ARTICLE 2339 OF THE CIVIL CODE

*Cristián Fernández Lama**

PALABRAS CLAVES: Fianza - Obligaciones futuras - Retracto - Caucciones - Accesoriedad - Hipoteca de garantía general.

KEYWORDS: Bond - Future obligations - Retract - Cautions - Accessoriety - General Guarantee mortgage.

I. INTRODUCCIÓN

“...Podrá también afianzarse una obligación futura; y en este caso podrá el fiador retractarse mientras la obligación principal no exista...”, reza el artículo 2339 del *Código Civil*.

Esta norma, al conferir al fiador de obligaciones futuras el derecho de retractarse en tanto no exista la obligación principal, ha sido objeto de acerbas críticas. Dice Manuel Somarriva:

“Este derecho de retractación, ...constituye una inconsecuencia, pues el legislador al otorgarlo, está negando implícitamente eficacia a la fianza de obligaciones futuras, ya que el fiador puede desligarse por su propia voluntad de la obligación, quiere decir que no hay vínculo jurídico”¹.

El juicio apuntado –y hasta la perplejidad que ha causado la regla– resultan fáciles de comprender. *Prima facie*, parece absurdo que, permitida por el legislador la celebración de fianza respecto de obligaciones futuras, el fia-

* Profesor del curso Teoría de la ley y sujetos de derecho, Facultad de Derecho Universidad del Desarrollo, sede Concepción.

¹ SOMARRIVA (1943), pto. 111, p. 112.

dor de ellas no quede obligado desde ya, sino que, contando con la facultad de retractarse, sea voluntario para él llevar o no adelante el contrato.

Desde esta perspectiva, la regla consagrada en el artículo 2339 es un oxímoron, que no puede ser comprendido, sino como una rareza dentro de la arquitectura del sistema y que, por lo mismo, no es susceptible de interpretación extensiva ni, mucho menos, de aplicación analógica.

Pero ¿es efectivamente cierta esta primera idea (y las consecuencias que se derivan de ella) o se trata de una mera apariencia? En términos más simples, el artículo 2339, ¿es, en verdad, en este punto una norma excepcional y, en su caso, en qué sentido lo es?

II. JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO DE RETRACTACIÓN EN LA FIANZA DE OBLIGACIONES FUTURAS

El derecho de retractación en la fianza fue preconizado por Robert Pothier, y sería el criterio que habría inspirado a Andrés Bello para establecerlo en forma expresa en el artículo 2339.

En efecto, en su *Tratado de las obligaciones*, Robert Pothier, refiriéndose a las clases de obligación que pueden ser objeto de fianza, señala:

“En fin, se puede dar como caución, no tan sólo por una obligación que ya se haya contratado, sino por una obligación que deba contratarse, aunque en aquel momento no lo esté...; de manera, sin embargo, que la obligación que resulte de esta fianza, no empieza a correr más que del día que se contratara la obligación principal, puesto que es de su esencia el que no pueda subsistir sin una obligación principal. Según esos principios, deseo yo desde hoy darne para con vos como garante por una suma de mil escudos que vos proponéis prestar a Pedro; mas la obligación que resultara de esa fianza no principiará a tener efecto sino a contar del día en que vos habréis efectivamente hecho dicho préstamo a Pedro; en tanto que vos no se lo habéis hecho, y que la cosa quede entera, yo podré cambiar de voluntad, haciendo constar que vos no hacéis el préstamo a Pedro, y que yo no entiendo ya ser su fiador...”².

Como puede apreciarse, para este autor el derecho de retracto en la fianza nace del carácter accesorio de la misma, esto es, del hecho que, al igual que toda caución, ella tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no puede subsistir sin ella.

² POTHIER (1961), pp. 257-258.

El carácter accesorio de las cauciones es reconocido por nuestro *Código Civil* en su artículo 1442, según el cual

“el contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención y accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal de manera que no pueda subsistir sin ella”;

y de manera particular, en el artículo 2335 para la fianza y en el artículo 2385 para la prenda, norma, esta última, importante para nuestros efectos, pues también resulta aplicable a la hipoteca en virtud de su propia definición legal.

Ahora bien, aun cuando no hay divergencias en la doctrina nacional en torno a la definición de obligación accesorio –que, construida a partir de lo preceptuado en el citado artículo 1442, concibe por tal a aquella que tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de otra, de manera que no puede *subsistir* sin ella³– no existe igual concordia en torno a cómo es entendida la misma.

Para la mayoría de los autores, y conforme se enseña tradicionalmente en la cátedra, el contrato accesorio puede celebrarse y producir efectos antes de que exista una obligación principal, salvo que la ley disponga lo contrario⁴. Para esta opinión, la accesoriedad solo miraría a la extinción, pero no al nacimiento del contrato accesorio.

Otros, en tanto, sostienen que es necesario que la obligación principal preexista o, a lo menos, nazca simultáneamente a la obligación accesorio que le garantizará. Explicando esta posición, que es la suya, el profesor José Joaquín Ugarte señala:

“el verbo subsistir, en el artículo 1442, está tomado en su sentido de existir algo en sí mismo, sin necesidad de otro ser para existir él. Subsistir en sí mismo es lo propio de la substancia, subsistir en otro, lo propio del accidente, que no tiene consistencia para ser en sí y se refiere completa y omnímodamente a un ser distinto, en el cual subsiste como en su sujeto (Aristóteles, *Categorías*, cap. v)”

³ Cabe señalar que Daniel Peñailillo objeta la clasificación por considerar incorrectos los términos en que tradicionalmente se ha expuesto, estimando que, por razones de sistema, es preferible reorganizarla, distinguiendo, según su autonomía, en obligaciones principales (que son las que pueden subsistir por sí mismas) y accesorias (la que depende de otra a la que se subordina), subdistinguiendo dentro de estas últimas, y atendida su función o finalidad, aquellas que son complementarias de las que tienen finalidad aseguradora. Sobre este punto, véase PEÑAILILLO (2003), p. 182.

⁴ En este sentido, por ejemplo: MEZA BARROS (2011); PEÑAILILLO (2003), p. 184; VODANOVIC (1990), pto. 11, p. 12; etcétera.

y agrega

“Ahora bien, es claro que lo que en este sentido no puede subsistir sin otro, no puede sin eso otro no sólo seguir existiendo, sino tampoco comenzar a existir”⁵.

Adherimos también a esta última idea. Y es que, en efecto, el artículo 1442, estrictamente, se limita a señalar que el contrato accesorio no puede subsistir, esto es, seguir existiendo, permanecer, sin uno principal al que accede; pero nada dice acerca de si un contrato accesorio puede surgir a la existencia sin que, con anterioridad o coetáneamente con él, exista un contrato principal. Para responder a esta interrogante, y ante la falta de texto positivo que la resuelva derechamente, ha de recurrirse a la lógica y, desde esta perspectiva es claro que, como afirma José Joaquín Ugarte, lo que no puede subsistir sin otro, no puede sin eso otro tampoco comenzar a existir. De ahí que las cauciones no puedan concebirse aisladamente, sino en, por y para la obligación principal que garantizan.

Creemos que el principio de accesoriedad tiene fuerza bastante para, por sí solo, explicar y justificar que antes del surgimiento de la obligación futura no exista, en rigor, vínculo jurídico, no obstante haberse otorgado la caución, de tal suerte que no es necesario (ni correcto) recurrir al hecho de que la obligación futura se encuentre siempre sujeta a la *conditio iuris* de llegar a existir⁶ para explicar este fenómeno. La *conditio iuris*, por lo menos como es generalmente entendida, resulta impotente o insuficiente para explicar este fenómeno, pues ella obsta a la eficacia del acto, pero no a la existencia del vínculo jurídico, que es reconocido; y aquí, en cambio, es la existencia misma del contrato de fianza la que queda subordinada al evento de que la obligación futura llegue a existir y ello, reiteramos, por pura y simple aplicación del principio de accesoriedad.

Y es que, como bien dice José J. Ugarte, el carácter de accesorio de toda caución es algo de necesidad absoluta, desde que deriva de la naturaleza misma de las cosas y ningún progreso ni evolución puede hacer que las cauciones dejen de ser accesorias. Cosa distinta es que la ley pueda, en ciertos casos, prescindir o relajar de consecuencias que se deriven de la accesoriedad, cuando tales consecuencias resulten irrelevantes desde el punto de vista de la justicia, atentos los fines que el legislador persiga. El legislador no es ni debe ser esclavo de la lógica jurídica estricta, la que puede ceder ante requerimientos de conveniencia social, por ejemplo, en este caso, las necesidades del

⁵ UGARTE (1991), p. 84.

⁶ FERNÁNDEZ (2017), p. 145.

crédito, y se permita la celebración del acto, pero las excepciones respectivas, es evidente, habrá de hacerlas –cuando sean factibles– el propio legislador: si él no las establece, el principio de la accesoriedad regirá en todo su rigor⁷.

III. ¿CONSTITUYE EL ARTÍCULO 2339 UNA VERDADERA EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD EN MATERIA DE CAUCIONES?

Si nos atenemos al tenor literal y análisis aislado del artículo 2339, la respuesta no puede ser otra que afirmativa. En efecto, esta norma podría ser calificada como doblemente excepcional, pues, por una parte, permite expresamente la fianza respecto de obligaciones futuras, las que presentan como nota característica, según se desprende del mismo artículo, su no existencia, cuestión esta que, por las razones ya dichas en este trabajo, repugnaría al principio de accesoriedad y, además, si entendemos que celebrada esta fianza debiera existir ya vínculo jurídico entre las partes, por que autoriza la retractación unilateral de fiador.

Pero también es posible otra mirada que, reparando en la posibilidad de retractarse que le asiste al deudor en tanto no haya nacido la obligación hasta entonces futura, y viendo en dicha opción que el legislador no ha querido abandonar ni por un momento siquiera el elemento accesoriedad propio de esta garantía, concluya que no existe en el artículo 2339 una real excepción al principio de accesoriedad, sino tan solo una *aparente*, que deja entrever que, en realidad, mientras la obligación garantizada no devenga en una obligación actual, no existe vínculo jurídico, por mucho que se haya otorgado el contrato de fianza (que, en estricto rigor, solo nacerá cuando la obligación futura deje tal condición y pase a ser actual). La norma en comento, desde esta perspectiva, no sería excepcional, sino se trataría de un corolario, de una manifestación particular de un principio más general, y que es que la caución, en virtud del principio de accesoriedad, no puede tener jamás existencia autónoma y debe estar siempre enfeudada a un crédito (existente). Demás está decir que el solo hecho de que el legislador formule en una regla especial lo que es, principio general, no autoriza para deducir, *a contrario sensu*, que lo deroga como regla común.

¿Cuál sería, entonces, la finalidad de esta disposición? Estimamos que no es otra que disipar toda duda que, habida cuenta del principio de accesoriedad y su aplicación rigurosa, pudiere surgir en torno a la validez de una estipulación en que se garantizan obligaciones no existentes.

⁷ UGARTE (1991), pto. 6, pp. 82 y 83.

La cuestión del carácter singular o no de la regla resulta importante, desde que se relaciona indisolublemente con la posibilidad de analogía o interpretación extensiva de la misma. Lo excepcional no puede aplicarse analógicamente y su posibilidad de interpretación extensiva es discutible, predominando, aunque quizá en retirada, la negativa. Para Manuel Somarriva, la excepcionalidad de la norma radica en la posibilidad de retractarse unilateralmente, pese a existir ya un contrato; para nosotros, en cambio, la norma no sería excepcional y, si lo fuera, lo sería únicamente en cuanto válida la estipulación o pacto de una fianza respecto de obligaciones que, por ser futuras, no existen al tiempo de su constitución; pero no lo es, en absoluto, cuando reconoce la posibilidad de retractarse, pues ello deriva simplemente del hecho de no existir aún vínculo jurídico entre las partes⁸.

IV. POSIBILIDAD DE RETRACTO UNILATERAL EN LA HIPOTECA DE OBLIGACIONES FUTURAS

Establecido entonces que la posibilidad de retracto unilateral que contempla el artículo 2339 no constituye, en verdad, una regla excepcional, sino que es pura y simple consecuencia de la aplicación del principio de accesoriedad, cabe preguntarse si, ora por vía de su interpretación extensiva, ora por analogía integradora, puede también aplicarse a la hipoteca de obligaciones futuras, única otra caución en que existe explícita permisión legal para constituirse respecto de esta clase de obligaciones⁹.

⁸ No se trataría del único caso en que una estipulación entre partes, que ya se designa con el nombre del contrato que se trate, precede al (efectivo) surgimiento mismo. Tal es el caso, por ejemplo, de la *venta al gusto o a prueba* a que se refiere al artículo 1823, y que puede definirse como aquella el que el comprador se reserva la facultad de probar la cosa vendida, de manera que la existencia del contrato queda subordinada a su mera voluntad. Mientras el comprador no declare que le agrada la cosa, “se entiende no haber contrato” pues, como decía Portalis en su “Exposición de motivos”, “hasta ese momento no hay un verdadero consentimiento de su parte”, es decir, falta un elemento esencial del acto. A nuestro entender, en figuras como la venta a prueba o la fianza de obligaciones futuras, el legislador, sabiendo que aborda cuestiones que tensan el lenguaje casi hasta su punto de quiebre, prefiere por razones de claridad expresarse de un modo más gráfico que exacto o científico, y de ahí que ocupe expresiones que suponen ha nacido el contrato, en circunstancias que solo existe una contrato en formación. Lo mismo ocurre con los artículos 1802 y 1921 del *Código Civil*.

⁹ El hecho de que solo exista explícita permisión legal para garantizar obligaciones futuras respecto de la fianza y de la hipoteca, ¿Qué significa concretamente?, ¿Es posible atribuir algún significado al silencio que mantiene el legislador respecto de las demás cauciones?

Para la respuesta de las cuestiones planteadas, puede resultar de utilidad pasar breve revista a lo que se ha dicho respecto de la posibilidad de garantizar obligaciones futuras con

Como cuestión previa, forzoso es reconocer que la (eventual) aceptación de la validez o procedencia del retracto del garante hipotecario de obligaciones futuras mientras estas no se contraigan, ha perdido mucha de su importancia práctica a partir de la dictación de la ley n.º 20555 y, más claramente aún, luego de la entrada en vigencia de la ley n.º 20855, pues, por lo menos para la gran mayoría de los casos, están normas arbitran un procedimiento expedito para lograr el alzamiento del gravamen.

En efecto, en 2011, con la dictación de la ley n.º 20555 se incluyó en la ley n.º 19496, sobre Protección de Derechos de los Consumidores, una norma que establecía la obligación del proveedor de créditos hipotecarios de proceder al alzamiento de las hipotecas, que era del siguiente tenor: *“Extinguidas totalmente las obligaciones caucionadas con hipotecas, el proveedor del crédito procederá a otorgar la escritura de cancelación de la o las hipotecas,*

cauciones distintas a la fianza y la hipoteca, es decir, donde la cuestión no ha sido resuelta explícitamente por la ley.

- En el caso de la prenda predomina la idea que no es posible otorgar esta clase de garantía respecto de obligaciones futuras. Manuel Somarriva, reconociendo lo discutible del problema, se pronuncia por la negativa, argumentando que, al tratar de la prenda el Código, ha guardado silencio respecto a la posibilidad de garantizar obligaciones futuras, en circunstancias que al ocuparse de la fianza y la hipoteca la permite expresamente en los artículos 2339 y 2413, silencio que resultaría aún más sugestivo si se toma en cuenta que la prenda se encuentra precisamente ubicada entre la fianza y la hipoteca. Corroborar lo anterior, además, el que el artículo 2385 señale que la prenda supone *siempre* una obligación principal a la cual accede. Véase SOMARRIVA (1943), pto. 230, p. 216.
- En cuanto a la anticresis, también prima la idea que ella no es posible tratándose de obligaciones futuras.
- Tratándose de la cláusula penal, y a partir de su definición legal contenida en el artículo 1535, podría pensarse que la obligación debe existir previa o simultáneamente a la celebración de la cláusula penal. Sin embargo, Hernán Corral Talciani señala que ella puede establecerse para garantizar obligaciones futuras, pero su aserto se funda exclusivamente en la idea –no compartida por nosotros, por las razones ya expresadas– de que es posible la existencia de la obligación accesoria con anterioridad a la obligación principal a que accede. CORRAL (2012), pp. 66-67.

El hecho que solo exista expresa permisión legal para garantizar obligaciones futuras con fianza (y reservarse expresamente al constituyente el derecho a retractarse) y con hipoteca, ¿Qué significa concretamente?, ¿tiene algún significado el silencio que mantiene el legislador respecto de las demás cauciones? A nuestro entender, y dado que al principio de accesoriedad, por lo menos en su estado puro, repugna la posibilidad de que la caución pueda tener eficacia –e incluso, pueda ser constituida– con anterioridad al surgimiento de la obligación principal a que accede, dicho silencio es elocuente, siendo clara manifestación que la regla general es que no procede la garantía de obligaciones futuras sin una regla especial que lo autorice y, más aún, deja en evidencia el falaz razonamiento de quienes sostienen la existencia de una permisión general a partir de lo dispuesto en el artículo 1442.

dentro del plazo de quince días hábiles" (artículo 17 D inc. 5°). Dicha regulación, al parecer, resultó insuficiente, pues menos de cuatro años después el legislador dicta la ley n.° 20855, que modifica al artículo 17 D de la ley n.° 19496 y regula ahora minuciosamente la obligación del proveedor de créditos hipotecarios de proceder al alzamiento de las hipotecas una vez extinguidas las obligaciones que ella garantizaba.

De acuerdo con el actual texto de la ley n.° 19496, el proveedor debe comunicar al deudor, en el plazo de veinte días corridos, que se han pagado íntegramente las deudas garantizadas por la hipoteca general, tanto en su calidad de deudor principal o accesorio (avalista, fiador o codeudor solidario). Informado el deudor, este tiene el derecho de pedir que el proveedor proceda a otorgar la escritura pública de alzamiento y requerir su subinscripción en el Conservador respectivo, trámites que deben llevarse a cabo en el plazo de cuarenta cinco días contados desde la solicitud del deudor.

Asimismo, el artículo 17 D inc. 8° permite sea el propio deudor quien tome la iniciativa y proceda a solicitar al proveedor el alzamiento de la hipoteca general en cuanto no existan obligaciones pendientes caucionadas por esta garantía, sin que el proveedor lo pueda objetar, alegando que el deudor podría obtener nuevos créditos en el futuro y utilizar esa garantía general.

Como puede apreciarse, esta nueva regulación, en el fondo, constituye un reconocimiento al derecho a retracto del garante hipotecario de obligaciones futuras.

De acuerdo con lo dicho, entonces, la posibilidad de que quien hipoteca un bien en garantía de obligaciones futuras, propias o ajenas, pueda retractarse conservará importancia en todos aquellos casos que no quedan comprendidos en alguna de las hipótesis que establece la ley n.° 19496 y que facultan al deudor para exigir el alzamiento. En otras palabras, esta opción resultará relevante cuando:

- a) El acreedor hipotecario no sea un proveedor de servicios financieros pactados mediante contratos de adhesión¹⁰;
- b) Sea el tercero poseedor de la finca hipoteca quien pretenda la liberación de esta y

¹⁰ Solo a estos acreedores hipotecarios se refiere el encabezamiento del artículo 17 D, donde se insertan las nuevas reglas. Sin embargo, y dado los términos del nuevo inciso 12° de la norma, estimamos que también se comprende dentro de esta categoría al cesionario del crédito, aunque no sea proveedor de servicios financieros.

Cabe recordar que la ley n.° 19496, en su artículo 1° N° 2, define para sus efectos a los "proveedores" como "las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa".

- c) En todos los casos que exista ya al menos una obligación pendiente caucionada con la hipoteca constituida, en su origen, para garantizar obligaciones futuras.

Para resolver la cuestión planteada, y particularmente dado que la inteligencia del artículo 2413 no ha estado exenta de polémicas, es necesario indagar en cuanto al modo en que se ha entendido en nuestro medio la naturaleza jurídica de la hipoteca de obligaciones futuras y, especialmente, lo relativo a la situación en que se encuentra la garantía en cuanto a sus efectos prácticos antes de que se contraiga la obligación principal.

Para Rafael Mery Berisso, la hipoteca en garantía de obligaciones futuras existe como tal desde que se inscribe; pero su subsistencia y efectos están condicionados al nacimiento de la obligación futura.

Mientras la obligación garantizada permanece como futura, el gravamen real existe y afecta no solo a las partes, sino a los terceros, pues no se trata –a su juicio– de una mera expectativa hipotecaria, sino de un derecho de garantía actual, que adquiere rango desde su inscripción. En esta situación, la hipoteca conserva su energía latente o potencial; y contraída la obligación principal, la hipoteca de garantía se transforma en una hipoteca normal, *condensándose* el gravamen real. Así las cosas, Rafael Mery concluye que, dados los términos del artículo 2413, no cabe hablar de retroacción o retroactividad de la garantía, pues el derecho real existe desde el momento de su inscripción constitutiva. Si la obligación, por último, no llega a contraerse, la hipoteca deviene en ineficaz¹¹.

Alfredo Barros Errázuriz, luego de reconocer la posibilidad de que la hipoteca, a pesar de su carácter accesorio, pueda concebirse separada del crédito u obligación principal, se limita a señalar que cuando la hipoteca se establece para un “derecho eventual” puede ella inscribirse antes de que exista realmente la deuda, dando a entender que dicha hipoteca existirá desde el momento de la inscripción¹².

José Joaquín Ugarte postula que esta clase de hipoteca lleva envuelta la condición esencial de llegar a existir las obligaciones que se trata de garantizar, por lo que concluye: “si el constituyente quiere, puede desistirse del contrato de hipoteca, que aún no existe sino como germen, sin fuerza vinculante”¹³. Remata diciendo:

“la hipoteca por obligaciones futuras podrá escriturarse e inscribirse, pero no será hipoteca ni producirá efectos de tal sino una vez nacidas

¹¹ MERY (1958), pto. 39, pp. 86 y ss.

¹² BARROS (1932), p. 398.

¹³ UGARTE (1991), pto. 8, p. 83.

las obligaciones principales. La retrotracción de sus efectos a la fecha de inscripción es sólo una relajación del principio de la accesoriedad que el legislador ha establecido especialmente”¹⁴.

En suma, entonces, para el profesor José Ugarte la hipoteca de obligaciones futuras no será tal ni producirá sus efectos propios mientras no nazcan obligaciones principales, estimando que, surgidas estas, tendrá lugar la retrotracción de sus efectos a la fecha de inscripción, fenómeno que explica como una simple temperación o relajación al rigor del principio de la accesoriedad; en cambio, para Rafael Mery Berisso la hipoteca por obligaciones futuras existe como gravamen real desde que se inscribe, afectando tanto a las partes como a terceros, por lo que niega se produzca una retroacción o retroactividad de la garantía al tiempo de la inscripción cuando nazca la obligación futura.

Si analizamos bien ambas posiciones, veremos que, en último término, se diferencian en cuanto al modo en que comprenden el papel que cumple la inscripción hipotecaria que el artículo 2413 permite hacer pendiente el nacimiento de la obligación garantizada. Para la posición que defiende Rafael Mery, que llamaremos por economía –aunque tal vez con algo de impropiedad– “teoría de la hipoteca plenamente constituida”, dicha inscripción constituye la tradición del derecho real de hipoteca; mientras que para el profesor José Ugarte, dicha inscripción no parece ser sino una mera reserva de rango hipotecario (pues la hipoteca, al adquirir fecha, adquiere también preferencia) a favor de una hipoteca que, aunque formalmente ya se encuentre constituida, realmente nacerá simultáneamente con el crédito garantizado, surtiendo efectos retroactivos desde que haya sido inscrita.

Pese a lo que pudiera creerse, los efectos que se seguirían de estas diametralmente distintas concepciones no son, a fin de cuentas y en lo general, significativamente distintos. No debe perderse de vista que, incluso, si sostenemos que la hipoteca se entiende plenamente constituida mientras la obligación garantizada permanece como futura, no significa igualmente que plenos sean sus efectos prácticos¹⁵.

¹⁴ UGARTE (1991), pto. 13, p. 84.

¹⁵ Los efectos que se siguen de una hipoteca plenamente constituida y los que se siguen de estimar la inscripción como una simple reserva de rango son, en principio, notables. A modo meramente ejemplar podemos señalar las siguientes:

- a) Tratándose de una mera reserva de rango, esta quedaría inoperante tras la expropiación del inmueble. La hipoteca, en cambio, se transformaría en una garantía sobre la indemnización y podría hacerse efectiva por el acreedor una vez que quede acreditado el nacimiento de la obligación garantizada (artículo 2422).
- b) En relación con los siniestros que eventualmente pudiera sufrir el inmueble dado en garantía, si la hipoteca de obligaciones futuras se concibe como simple reserva de rango,

No obstante, existe un punto donde la diferencia entre estas doctrinas resulta muy notable. Aun cuando no lo señala expresamente, se deduce que para el profesor José Ugarte mientras no nazca una obligación, el acreedor en cuyo favor se ha constituido la hipoteca de obligaciones futuras solo tiene una mera expectativa, pues reconoce que el constituyente conserva la facultad de retractarse antes del nacimiento de la obligación principal. Para Rafael Mery, simplemente no existiría la posibilidad de desistimiento.

¿Cuán cierto es que pueda retractarse quien constituyó una hipoteca en garantía de obligaciones futuras? ¿Se trata de una consecuencia necesaria de la tesis de la reserva de rango hipotecario?

Si bien la solución planteada por el profesor José Ugarte nos parece más conforme al principio de accesoriedad, lo que desde ya nos inclina a ella, estimamos que su aceptación sin reservas requiere, de modo previo, se despeje un extremo que puede exponerla a refutaciones.

En abstracto, descartada la “teoría de la hipoteca plenamente constituida”, la aplicación, ya por vía de analogía, ya por vía de interpretación extensiva, de la regla contenida en materia de fianza en el artículo 2339 a la hipoteca de obligaciones futuras se torna posible, desde que, como se ha señalado en este trabajo, ella no puede calificarse de excepcional, sino de mera aplicación del principio de accesoriedad que impera en materia de cauciones.

las indemnizaciones corresponderán al propietario; si, por el contrario el inmueble se encuentra efectivamente hipotecado, el acreedor hipotecario podrá reclamar la indemnización (artículo 2422).

- c) La hipoteca se extiende a todos los aumentos y mejoras que reciba la cosa hipotecada (artículo 2421); en tanto que si estamos frente a una mera reserva de rango, aquellas posteriores a la inscripción de la hipoteca no se entenderían hipotecadas.
- d) En el caso de los muebles por destinación que se introduzcan en el inmueble, en el supuesto de una autentica hipoteca, quedan afectados (artículo 2420); mientras que si solo constituye una reserva de grado, mientras no se constituya como gravamen hipotecario, ellos no quedarán afectados.
- e) Frente a la pérdida o deterioros que experimente el bien hipotecado, el acreedor hipotecario puede ejercer los derechos que le otorga el artículo 2427; mientras que si solo se trata de una reserva de rango, ello aunque muy discutible, no parece posible.

Sin embargo, estas diferencias finalmente terminan diluyéndose. No puede olvidarse que la hipoteca de obligaciones futuras, por muy constituida que se considere desde su inscripción, no es una hipoteca “normal”, pues sus efectos solo se consolidarán una vez que surja la obligación garantizada y, por la misma razón, resulta difícil de concebir que, pendiente el nacimiento de la obligación, el acreedor hipotecario pueda ejercer en plenitud los derechos que en su carácter de tal le asisten, salvo, quizá, las acciones que le corresponderían en caso de pérdida o deterioro del inmueble. Por otro lado, y dado que para la posición de la reserva de rango una vez ocurrido el nacimiento de la obligación, la hipoteca producirá efectos retroactivos, a la fecha de la inscripción, estas originarias diferencias terminarán borrándose o a lo menos difuminándose.

Sin embargo, la claridad de este razonamiento resultará opacada si, analizada la situación del acreedor hipotecario pendiente el nacimiento de la obligación futura garantizada, se concluyera que existe ya en él un derecho eventual y no una mera expectativa hipotecaria.

En efecto, si entendemos por derecho eventual, conforme la doctrina de la noción genérica del mismo, un

“derecho futuro cuya adquisición está desde ya protegida por el otorgamiento de un derecho subjetivo encaminado a esa finalidad protectora”¹⁶;

y consideramos que, a lo menos, se reconoce al acreedor hipotecario de una obligación futura la posibilidad de obtener la inscripción del gravamen pendiente el nacimiento de la obligación garantizada, inscripción que dará fecha y, por consiguiente, grado de preferencia a la hipoteca, a la cual se retrotraerán los efectos en el evento de surgir las obligaciones¹⁷, parece claro que lo que dicho acreedor tiene no es una mera expectativa hipotecaria, sino derechamente un derecho eventual, protegido desde ya por el otorgamiento de un derecho puro y simple, de tal suerte que no resultaría posible, en este particular caso y a diferencia de lo que ocurre en la fianza, el retracto.

La objeción planteada es correcta en lo general, esto es, en cuanto estima al o los derechos que asisten al acreedor hipotecario pendiente el surgimiento de la obligación garantizada como derechos eventuales; pero no lo es, creemos, en cuanto concluye necesariamente de ello la imposibilidad del retracto. El carácter de deuda en embrión o potencia que tiene toda obligación futura, unido –y muy fundamentalmente por esta razón– al carácter accesorio que tiene toda caución, inevitablemente han de impactar precarizando el o los derechos que se reconozcan al acreedor hipotecario mientras pende el nacimiento de la obligación garantizada, por lo menos hasta el punto de descartar que la sola consideración de aquellos obste y lleve a descartar la posibilidad de retractación por parte del constituyente.

Fuera del argumento de la aplicación analógica de la regla contenida en el artículo 2339, también militan a favor de la procedencia del retracto unilateral razones de conveniencia y justicia.

Como cuestión general, no debemos olvidar que la hipoteca, aún considerada como derecho real, no tiene vocación de perpetuidad. Siendo un derecho accesorio, su existencia solo se justifica en la medida que también exista la obligación personal que garantiza y a cuyo servicio está; y toda obli-

¹⁶ VODANOVIC (1990), pto. 459, p. 309.

¹⁷ Y quizá podría citarse otro: el derecho a implorar las medidas conservativas que el caso admita, si la finca se perdiere o deteriorare en términos de no ser suficiente para la seguridad de la deuda (artículo 2427). Con todo, lo creemos muy discutible. Véase el pie de página n.º 15.

gación personal es eminentemente temporal. Claro es que la cooperación social exige que los hombres sacrifiquen, en beneficio mutuo, su plena libertad, pero únicamente hasta donde esta no sufra un menoscabo destructor y es por esta razón que la ley no tolera vínculos personales perpetuos y da medios para poner término a los que se establecen sin límite de tiempo a través de distintas vías, entre los que se encuentra, precisamente, la retractación. Lo dicho cobra particular importancia si se piensa que sola constitución de la hipoteca menoscaba el crédito territorial del propietario y perturba el tráfico inmobiliario¹⁸ y que, por el contrario, la retractación, en la medida que esté sujeta –como de hecho lo está– a ciertas medidas de publicidad para resultar oponible¹⁹, no produce perjuicio al acreedor: se trata de obligaciones que no tienen existencia actual, de manera que, producida la retractación y conocida por el acreedor, este podrá adaptar su conducta para con el deudor a las nuevas circunstancias.

Dicho lo anterior y supuesto –para el solo beneficio del análisis– la imposibilidad de retractarse, cabe preguntarse qué alternativas brindaría el ordenamiento al deudor o constituyente de esta clase de garantía que, no encontrándose en alguna de las hipótesis que hoy establece la ley n.º 19496, desea liberar el bien afecto y evitar que este quede eternamente gravado, a la espera del (eventual) nacimiento de la obligación garantizada.

La Corte Suprema, en sentencia invalidatoria de 23 de marzo de 2012 dictada en autos rol 6742-2011, y teniendo como presupuesto de su raciocinio que la hipoteca que cauciona obligaciones futuras está subordinada a una condición suspensiva e indeterminada, consistente en que dichas obligaciones futuras se contraigan, ha resuelto que si la obligación se contrae pasado el plazo de caducidad de las condiciones contado desde la celebración del

¹⁸ Lo cual se ve agravado si se aceptara un concepto amplio de obligación futura, que comprenda aún las meramente eventuales, pues en estas últimas no existiría un interés actual suficiente que justifique la garantía.

¹⁹ El artículo 2339 protege en caso de retracto unilateral tanto al acreedor como a terceros de buena fe, pues el fiador de obligaciones futuras que se ha retractado queda responsable ante estos “como el mandante en el caso del artículo 2173”. Esto quiere decir, en otros términos, que la retractación del fiador es inoponible al acreedor y a los terceros que la ignoran, para quienes subsistirá la fianza otorgada y, en consecuencia, las obligaciones que surjan en el tiempo que media entre la retractación y el conocimiento que tome de ella el acreedor y/o los terceros obligan al fiador, el cual no podrá excusarse de cumplirlos, alegando que se retractó de la fianza.

Toda vez que la buena fe se presume (artículo 707), incumbirá al fiador probar que el acreedor o los terceros conocían de su retractación, pudiendo valerse para este efecto de todos los medios que franquea la ley, incluso por testigos. Sin embargo, en este punto ha de tenerse en cuenta que el legislador ha sido menos riguroso con el fiador que se retracta, al facultar al juez para que, en su prudencia, pueda absolverlo cuando la retractación haya sido notificada al público por periódicos o no pareciere probable la ignorancia del tercero (artículo 2173, inciso final)

contrato de hipoteca- plazo este que, en general, se estima es de diez años, ha de entenderse fallida la condición y, por ende, extinguida la hipoteca general constituida en garantía de obligaciones futuras que no tuvieron lugar. Doctrinariamente, esta tesis ha sido sostenida por José Miguel Lecaros Sánchez²⁰.

Otra vía –indirecta eso sí– que podría llevar mismo fin la constituiría que el deudor²¹ ejerciera la facultad que le reconoce el artículo 2331 inc. 2° para que se limite su responsabilidad hipotecaria. De acuerdo se desprende de lo dicho por Manuel Somarriva²² al comentar la citada norma, el ejercicio de este derecho por el deudor producirá que la hipoteca no cubrirá obligaciones futuras, pues, en su concepto, la reducción ha de hacerse según el monto de lo que efectivamente se adeude al tiempo en que la reducción se solicite.

Atentos a la consideración general expresada en el numeral 27 precedente, no advertimos justificación suficiente para que se obligue al deudor hipotecario de obligaciones futuras a esperar transcurra el entero plazo de caducidad de las condiciones para poder, recién ahí, obtener la liberación del bien hipotecado y, por ende, no nos parece del todo acertada la solución que adoptara la Excma. Corte Suprema en el caso antes comentado.

Más reparos nos merece, se pretenda, como solución, que el deudor recurra al expediente de solicitar la limitación de su responsabilidad hipotecaria. Al margen de los arduos problemas que la interpretación de la regla contenida en el artículo 2431 ha suscitado, que incluso hacen dudosa su procedencia en este caso²³, y del hecho que ella supone aceptar previamente que la hipoteca en garantía de obligaciones futura se encuentra plenamente constituida desde su otorgamiento, cuestión que tampoco es pacífica, esta vía –por lo menos tal como la plantea Manuel Somarriva– no llevaría a la reducción de la responsabilidad, sino derechamente a la cancelación registral de la caución²⁴. La regla del artículo 2431 inc. 2° es una herramienta para el

²⁰ LECAROS (2001), p. 249 y ss.

²¹ Y solo él, pues este derecho no se reconoce a favor del tercero poseedor de la finca hipotecada.

²² LECAROS (2001), p. 320.

²³ No toda la doctrina se encuentra conteste en cuanto al alcance de la regla que permite al deudor limitar su responsabilidad hipotecaria. Así, por ejemplo, para Rafael Mery, la norma del artículo 2431 inc. 2° se aplica, única y exclusivamente, a la hipoteca de máximo, es decir, a aquella que se encuentra limitada a una determinada suma; en tanto que, para José Ugarte, la regla resulta sencillamente inaplicable respecto de obligaciones absolutamente indeterminadas, de lo que concluye, incluso, un argumento en contra de la validez de la cláusula de garantía general hipotecaria. Véase MERY (1958), p. 311; UGARTE (1991), p. 98 y ss.

²⁴ Y decimos cancelación de la inscripción y no extinción de la caución, por ser la primera expresión acorde con la postura que asumiéramos en orden a que la hipoteca de obligaciones futuras no se constituye realmente, sino cuando dichas obligaciones cobran existencia, es decir, son contraídas.

deudor, quien podrá impetrarla en el caso que desee (únicamente) limitar su responsabilidad, pero conservando la hipoteca, lo cual también puede tener lugar cuando se está frente a obligaciones futuras. En efecto, las obligaciones futuras, para ser tales y no obligaciones meramente eventuales (y, por lo mismo, sin aptitud para ser garantizadas), han de cumplir con los requisitos de determinación del objeto que prescribe el artículo 1461 y, por tanto, han de contener (a lo menos) los datos que permitan presumirla, calcular su importe, siquiera sea por aproximación, no se advirtiéndose entonces razón para que el juez no pueda, cumpliendo el mandato que le impone el artículo 2431, reducirlas al duplo del importe presunto que ellas tengan.

Súmese a los inconvenientes ya mencionados que la reducción no es un camino expedito –obliga a recurrir a la justicia si el acreedor no se aviene buenamente a ella– y, por lo mismo, resultará las más de la veces dispendioso.

Las deficiencias apuntadas tanto respecto de una y otra de estas posibles soluciones terminan sirviendo precisamente de argumentos a favor de la admisibilidad del retracto unilateral del constituyente de la hipoteca de obligaciones futuras. Siendo de absoluta necesidad, tanto por razones sistemáticas como de justicia, que el ordenamiento arbitre un medio que impida que las hipotecas en garantía de obligaciones futuras se transformen en perpetuas, en un gravamen irredimible; y resultando el retracto unilateral la solución más simple y satisfactoria de cuantas se han planteado, cuya aceptación es justificable desde una perspectiva dogmática, terminan inclinándonos por ella.

La aplicación analógica de la regla establecida en el artículo 2339 a la hipoteca que garantiza obligaciones futuras cuenta con confirmación jurisprudencial. Habiéndose discutido si el tercero poseedor de la finca hipotecada que ha otorgado hipoteca a favor del deudor con cláusula de garantía general puede demandar su alzamiento si no existe deuda pendiente, la I. Corte de Concepción, en sentencia de 22 de enero de 2009, dictada en autos rol 1962-2007, reconoce ampliamente el derecho a pedir la liberación del predio hipotecado en tal caso, fundando su parecer, en primer término, en la aplicación supletoria del estatuto de la fianza y especialmente lo dispuesto en el artículo 2339.

En cuanto a la doctrina, además del profesor José Ugarte, cuya posición ya ha sido ampliamente comentada lo largo de este trabajo, se manifiesta a favor de la aplicación analógica de la regla del artículo 2339 a la hipoteca el profesor Bruno Caprile Biermann²⁵.

²⁵ CAPRILE (2008), pp. 560-565. El profesor Bruno Caprile funda su parecer “en virtud del principio según el cual el derecho repudia las obligaciones contraídas a perpetuidad” y agrega: “si el codificador no dictó expresamente una regla similar para la hipoteca fue única y exclusivamente pues jamás tuvo en mente la hipoteca con cláusula de garantía general”.

Necesario es, antes de proseguir, una prevención: No faltará quien, sobre la base de la regulación contenida en la Ley del Consumidor, sostenga que, *a contrario sensu*, fuera de los casos que dicha ley consulta no resulta posible al deudor, y mucho menos al tercero poseedor de la finca hipotecada, solicitar el alzamiento de la garantía; mas tal argumento, a nuestro juicio, no es correcto.

La recta utilización del argumento de contradicción supone previamente se haya distinguido si el silencio de la norma es producto de falta de expresa mención o, bien, obedece a falta de regulación. El argumento solo puede operar válidamente en el primer caso, pues frente a una laguna legal nada aporta a su colmado ni se opone, por sí, a la analogía.

Ahora bien, como afirma Georges Kalinowski, el argumento a contrario

“es un raciocinio que explicita el sentido de la expresión cuantificadora «solamente» o de uno de sus sinónimos, tales como ‘únicamente’, ‘exclusivamente’, ‘... sólo... que’, etcétera, empleados expressis verbis por el legislador, o que permanecen sobreentendidos”²⁶;

pero que

“difícilmente se puede hablar aquí de interpretación del derecho. Porque la verdadera interpretación comienza solamente cuando se plantea la cuestión de saber si es necesario o no sobreentender en el texto interpretado el cuantificador ‘solamente’, que hace posible la aplicación de la regla arriba mencionada”²⁷.

Así pues, el aforismo *a contrario* no es en realidad ni un argumento interpretativo, ya que estos deben ser usados con anterioridad a que sea posible auxiliarse del argumento a contrario, ni es un argumento creativo, pues no produce una norma nueva, sino que saca las consecuencias de la norma preexistente interpretada. El resultado de su utilización es dependiente de esa interpretación anterior, por lo que tal resultado se verá condicionado por la doctrina o concepción de la interpretación que el exégeta maneje.

Hechas estas aclaraciones, estimamos que no hay nada que permita afirmar que la Ley del Consumidor, en este aspecto preciso, establezca que únicamente en los casos a que ella se refiere sea posible obtener el alzamiento del gravamen. El silencio que guarda respecto de todas las demás hipótesis concebibles proviene de la falta de mención, pero no de regulación, toda vez

²⁶ KALINOWSKI (1973), p. 176.

²⁷ *Op. cit.*, p. 178.

que el derecho común, en virtud de la aplicación del principio de accesorieidad y, más inmediatamente, de la interpretación extensiva que corresponde dar a la facultad de retractación que el artículo 2339 reconoce al fiador, consagra, autorizaría la retractación del garante hipotecario de obligaciones futuras. En este punto el legislador de la ley n.º 20855, y antes, el de la ley n.º 20555, en lo sustancial no innova, sino tan solo reglamenta con detalle como ha de proceder el consumidor para obtener la liberación de sus inmuebles en las hipótesis que ella señala, casos que, por diferentes razones, entre las cuales ciertamente se encuentra su masividad y frecuencia, así como también la estimación de existir gran desigualdad de entre las partes intervinientes (por un lado, un proveedor de servicios financieros, que usualmente es un banco y, por otro, un consumidor), adquieren una trascendencia social que los hace merecedores de la regulación específica del derecho del consumidor. Así lo confirma la historia fidedigna del establecimiento de las citadas leyes.

¿Subsiste en el garante hipotecario la posibilidad de retractarse una vez que la hipoteca, constituida originariamente para garantizar obligaciones futuras, cauciona ya créditos devenidos a la existencia con posterioridad a su otorgamiento?

Si se acepta como presupuesto que la hipoteca por obligaciones futuras no existe ni vale mientras ellas no se contraigan, es decir, no dejen su condición de futuras, aun cuando sus efectos se retrotraigan a la época de la inscripción, parece fuera de toda duda que dicha facultad subsistirá en el garante hipotecario no obstante ya haber surgido una o más obligaciones, pero los efectos de su retractación serán más limitados. Desde esta perspectiva, el acto de contraer obligaciones con garantía de la cosa hipotecada es hipotecar, es dar vida a la hipoteca previa, que hasta entonces solo existía en potencia, larvariamente podríamos decir y, en consecuencia, la existencia ya de obligaciones no obsta a la retractación, pero si limitará sus efectos, pues, naturalmente, solo operará respecto de aquellas que permanezcan como futuras al tiempo de la retractación y, tratándose de las ya contraídas, no producirá efecto alguno: ellas continuarán garantizadas con la hipoteca, de manera que no podrá en este caso darse lugar al alzamiento registral del gravamen.

Por último, réstenos señalar que, si bien en un plano entitativo la retractación del garante hipotecario necesariamente ha de anteceder a su solicitud de cancelación del gravamen, desde que esta solo será procedente a consecuencia de aquella, tal exigencia no se extiende al plano cronológico, donde ambas pueden ser coetáneas.

Por lo anterior y, además, no exigiendo la ley que la voluntad de retractarse deba necesariamente manifestarse en forma expresa, estimamos que en los casos que no ha precedido retractación explícita, la demanda

del garante solicitando la cancelación y alzamiento judicial de la hipoteca establecida en garantía de obligaciones futuras, fundado en la inexistencia de deudas actualmente garantizadas, no pudiendo interpretarse de otro modo, ha de estimarse constituye su retracto tácito para todos los efectos a que haya lugar²⁸.

BIBLIOGRAFÍA

- BARROS ERRAZURIZ, Alfredo (1932): *Curso de derecho civil. Segundo año, parte segunda* (4ª ed., Santiago, Editorial Nascimento).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno (2011): "El desistimiento unilateral o renuncia: una especial forma de extinción de los contratos", en *Estudios de Derecho Civil VI, Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, (Santiago, Abeledo Perrot Legalpublishing), pp. 271-296.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2012): *La "cláusula penal". Función y eficacia del contrato penal en el derecho chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile)
- FERNÁNDEZ LAMA, Cristián (2017): "El concepto de obligaciones futuras en el Código Civil Chileno", en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 36: pp. 141-153.
- KALINOWSKI, Georges (1973): *Introducción a la lógica jurídica* (trad J. A. Casaubón) (Buenos Aires, Editorial Eudeba).
- LECAROS SÁNCHEZ, José Miguel (2001): *Las cauciones reales, prenda e hipoteca* (Santiago, Metropolitana Ediciones).
- MEZA BARROS, Ramón (2011): *Manual de derecho civil. De las fuentes de las obligaciones*, (9ª ed., actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) tomo I.
- MERY BERISSO, Rafael (1958): *Derecho hipotecario. Estudio de derecho civil chileno y comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2003): *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- POTHIER, Robert. J. (1961): *Tratado de las obligaciones* (Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina).
- SOMARRIVA, Manuel (1943): *Tratado de las cauciones* (Santiago, Editorial Nascimento).
- UGARTE GODOY, José Joaquín (1991): "La nulidad de la cláusula de garantía general hipotecaria", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXXVIII, n.º 3: p. 81 y ss.

²⁸ Lo anterior, naturalmente, sin perjuicio de la carga de darle publicidad a su retracto para ser eficaz. Respecto del acreedor, esta exigencia quedará satisfecha con la notificación que se le practique; pero respecto de terceros ha de tenerse en cuenta lo expresado en el pie de página 19.

USINSKAITE, Alvyda (2011): *Garantía hipotecaria de obligaciones futuras: Principios clásicos y formas contractuales modernas*, trabajo fin de máster en Derecho Privado (Madrid, Universidad Complutense de Madrid).

VODANOVIC HAKLICKA, Antonio (1990): *Derecho Civil. Parte preliminar y parte general* [basado en las explicaciones de clases de Arturo Alessandri y Manuel Somarriva] (Santiago, Ediar Conosur Ltda), tomo I.

LOS SISTEMAS TRIBUTARIOS Y EL DESARROLLO EN LA INTEGRACIÓN SUDAMERICANA

TAX SYSTEMS AND DEVELOPMENT IN SOUTH AMERICAN INTEGRATION

Roberto Javier Mirabelli

PALABRAS CLAVE: Sistema tributario - Latinoamérica - Agenda 2030 - Desarrollo sostenible.

KEYWORDS: Tax System - Latin America - 2030 Agenda - Sustainable development.

1. INTRODUCCIÓN

Con la resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015, se inicia el proceso de una búsqueda de transformación del mundo a partir de la conformación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. En ella se hace énfasis en el cumplimiento de diecisiete objetivos amplios que abarcan desde la erradicación del hambre y de la pobreza hasta la promoción de sociedades pacíficas e inclusivas, que aseguren el acceso a la justicia y la construcción de instituciones eficaces e inclusivas.

La puesta en marcha de este compromiso obliga a una participación activa de parte de los Estados nacionales tanto “hacia adentro”, con el desarrollo de políticas públicas en su propio territorio como “hacia afuera”, a través de la celebración de acuerdos de colaboración y cooperación con el resto del mundo y particularmente en los procesos de integración en pos de lograr el cumplimiento de las metas y los objetivos propuestos en la Agenda.

A la luz de lo mencionado precedentemente, resulta pertinente plantear si desde el punto de vista fiscal/impositivo los países sudamericanos se encuentran en condiciones de afrontar el cumplimiento de esta nueva Agenda en forma individual o, por el contrario, si a nivel regional resulta conveniente celebrar acuerdos de cooperación que conlleven acciones coor-

dinadas para la consecución de las metas propuestas por la Agenda. En este marco, el presente trabajo tiene como objetivo analizar los sistemas tributarios en Sudamérica limitando su análisis al ámbito de los países integrantes del MERCOSUR y sus Estados asociados.

Se parte del análisis de las distintas posiciones teóricas que describen la existencia de una nueva forma de cooperación entre los Estados a partir de lo que se ha denominado como “multilateralismo latinoamericano” caracterizado por la constitución de un proceso de concertación política o, en su defecto, uno de integración multifuncional, distanciándose de perspectivas tradicionales propias de las visiones economicistas de los procesos de integración¹.

A continuación, se abordará la relación que existe entre lo declarado en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y las recomendaciones fiscales y tributarias que deberían cumplir los países para llevar adelante la consecución de los fines previstos. Es decir, que se trata de determinar si del documento de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) se desprende una “exigencia de compromiso fiscal explícito” hacia los países para cumplir con la obligación aceptada, o, si los mismos Estados en virtud de dicho acuerdo deben llevar adelante políticas públicas que contengan una disciplina fiscal basada en una correcta distribución de los ingresos. Ellos se fundamenta en que América Latina constituye una de las regiones más desiguales del mundo, en efecto en 2014 el 10% más rico de la población de América Latina concentraba el 71% de la riqueza de la región² y el coeficiente de Gini de 0,48 es expresión de esa desigualdad –frente al 0,44 del África Subsahariana, el 0,37 del Asia Oriental, el 0,35 de Oriente Medio y el Norte de África y el 0,33 de Asia del Sur³.

Luego se analizará cual ha sido la tendencia en los últimos años en materia tributaria de los países miembros y asociados del MERCOSUR, determinando, de esta manera, si las modificaciones de política fiscal adoptadas por los mismos resultan conducentes para cumplir con lo asumido internacionalmente o al menos demuestran una intención de cumplimiento. Este recorrido permitirá llegar a las reflexiones finales sobre el problema abordado en el estudio.

2. ACERCAMIENTO TEÓRICO CONCEPTUAL

Los nuevos esquemas de integración que se han ido desarrollando en Latinoamérica⁴ a partir de los albores del siglo XXI, modificaron las reglas de juego

¹ BUSO (2016), pp. 24, 45-67.

² UN, CEPAL y OXFAM (2016).

³ DURYEA y ROBLES (2016), citados por MELLADO (2018).

⁴ UNASUR, CELAC, ALBA.

establecidas por el denominado “regionalismo abierto” cuya preponderancia se acentuó en la década del noventa del siglo pasado, fundamentalmente en materia de comercio e inversiones y han dado paso a una especie nueva de relación de bloques o esquemas basados más en la cooperación que en la integración. La doctrina ha denominado a este fenómeno de diversas formas a saber: “regionalismo posliberal y poshegemónico”; “multilateralismo regional” e “integración multidimensional”.

Si bien el MERCOSUR se creó en la década de 1990, bajo el paradigma del “regionalismo abierto”, imbuido por la ideología neoliberal de entonces, en el nuevo siglo se readaptó en función de un pensamiento crítico y común en la región al modelo neoliberal y generó una postura propositiva tendiente a dar un nuevo impulso a la integración regional a través del documento de Buenos Aires (2003) y el Acta de Copacabana (2004), que otorgó una importancia similar a la comercial a otras dimensiones como la social, productiva y política⁵ enmarcándose en las nuevas tendencias del regionalismo posliberal. El MERCOSUR fue va más allá de la liberalización comercial e incluyó aspectos sectoriales –socioeconómicos, políticos, culturales, de infraestructura, energéticos y de seguridad alimentaria– y se alejó cada vez más del arquetipo europeo en cuanto a su funcionalidad jurídico-institucional intergubernamental. En este sentido, e independiente de la conformación jurídico-institucional prevista en el Protocolo de Ouro Preto, el MERCOSUR creó una serie de instituciones intergubernamentales como la figura del Alto Representante General del MERCOSUR⁶; el Parlamento del MERCOSUR (PARLASUR); el Tribunal Permanente de Revisión; el Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos del MERCOSUR, el Instituto Social del MERCOSUR, entre otros⁷.

Anabella Busso⁸ expresa que los conceptos de “regionalismo posliberal y poshegemónico”, “multilateralismo regional” e “integración multidimensional” reflejan diferencias con la integración tradicional y, simultáneamente, incluyen elementos comunes que los interrelacionan: critican la centralidad de la cuestión comercial que había orientado a las agrupaciones regionales anteriores en detrimento de las preocupaciones por el desarrollo y el bienestar social; y explicitan la inquietud por aumentar la cooperación política entre los países a los efectos de garantizar una mayor autonomía regional en el sistema internacional⁹.

⁵ MELLADO (2015), p. 96.

⁶ Dec. 63/10.

⁷ MELLADO (2017), p. 29.

⁸ BUSSO (2016), p. 50.

⁹ *Op. cit.*, pp. 24, 45-67.

A fin de precisar conceptualmente al regionalismo Catherine Ortiz Morales¹⁰ sostiene (siguiendo a Josep Ibañez¹¹) que refiere al proyecto que engloba las iniciativas políticas de representantes gubernamentales con el fin de estrechar la cooperación política y económica entre Estados y actores de una misma región. Por su parte Fredrik Söderbaum¹² también aporta a su definición, al sostener que el proyecto regional es dirigido por los Estados y al decir de Celestino del Arenal¹³ conforme a sus objetivos y alcances puede ser de concertación política y económica, cooperación y hasta de integración.

En cuanto al multilateralismo Rita Giacalone¹⁴ indica que en relaciones internacionales se refiere a la actividad institucionalizada y conjunta de varios países en torno a una cuestión específica, lo que determina como base un acuerdo formal. Específicamente debemos indicar que desde el año 2005, señala la autora¹⁵, el panorama regional de Latinoamérica estuvo dominado por gobiernos de izquierda que cambiaron la orientación de la integración. América Latina prefirió un regionalismo posliberal, que se manifestó no en las políticas comerciales (que siguieron divididas entre viejo regionalismo y regionalismo abierto), sino en las políticas que adoptaron acuerdos como ALBA y UNASUR. Siguiendo a Sanahuja¹⁶ dichos acuerdos proponen el retorno de la política a las relaciones internacionales; del desarrollismo y del Estado a la economía y a la política; una mayor autonomía; el énfasis en instituciones, políticas y problemas comunes; atención a lo social y a las asimetrías, y la inclusión de actores no gubernamentales.

Anabella Busso¹⁷ destaca, también, que en lo referente al multilateralismo, Robert Keohane lo define como “la práctica de coordinar políticas nacionales en grupos de tres o más Estados”¹⁸. Por su parte, John Ruggie sostiene: “el multilateralismo refiere a la coordinación de las relaciones entre tres o más Estados de acuerdo con ciertos principios” (principios generalizados de conducta)¹⁹. Ambos conceptos al igual que el de Rita Giacalone destacan,

¹⁰ ORTIZ (2015), p. 7.

¹¹ IBÁÑEZ (2000).

¹² SÖDERBAUM (2003).

¹³ ARENAL (2001).

¹⁴ GIACALONE (2016), p. 17.

¹⁵ *Op. cit.*, pp. 24, 7-25.

¹⁶ SANAHUJA (2012), pp. 32-33.

¹⁷ BUSO (2016), p. 48.

¹⁸ KEOHANE (19909, p. 371).

¹⁹ Para RUGGIE (1992), p. 566 los principios generalizados de conducta (dimensión cualitativa) son los principios ordenadores de las instituciones y tienen dos características la indivisibilidad entre sus miembros, y la “reciprocidad difusa” (p. 571).

por un lado, la dimensión cuantitativa del concepto (tres o más Estados). En cuanto a la dimensión cualitativa apuntan al cumplimiento de los principios que lo promueven²⁰ y, si no hay cumplimiento, que contribuyen a prevenir la inestabilidad y el conflicto entre Estados conforme a Andrés Serbin²¹.

Este nuevo paradigma que se ha desarrollado en el siglo XXI en el ámbito de las relaciones internacionales requiere, conforme a Anabella Busso²², a la luz de lo descrito en los párrafos precedentes, de la “coordinación”. En cuanto a la temática Robert Keohane apunta a las políticas nacionales y John Ruggie refiere a las relaciones entre Estados. Por tanto la “coordinación” exige una mayor participación del Estado en un papel dinámico y activo y queda comprendida dentro de la cooperación que está relacionada con la interacción de los Estados al negociar y coordinar políticas. Se diferencia conceptualmente de la concertación la que es definida por Juan Gabriel Tokatlian como

“un proceso mediante el cual dos o más gobiernos actúan conjuntamente en el terreno estatal, por lo general a nivel diplomático y con fines de preferencia políticos, frente a otros actores individuales o colectivos”²³.

Los Estados, en el ámbito de su competencia y de su territorio, cuentan solamente con dos instrumentos económicos a los efectos de lograr un mayor grado de desarrollo: los recursos provenientes de sus ingresos tributarios y las clásicas ayudas del exterior. En consecuencia, los nuevos esquemas de cooperación que se plantean en el ámbito regional pueden convertirse en una herramienta de coordinación de acciones políticas para los Estados en búsqueda de un mayor y mejor desarrollo, en función de intereses comunes y de una voluntad política manifiesta.

Por tanto, el papel del Estado debe ser activo, generador de propuestas y ejecutor de programas de políticas públicas a partir de un direccionamiento eficaz en la recaudación y en la distribución de los recursos. En este sentido sostiene Amalia Stuhldreher que en el ámbito regional

“es precisamente en ese nivel donde es posible visualizar el rol que pueden cumplir los esquemas regionales de integración y cooperación, como vectores conducentes a una gobernanza ‘hacia adentro’ y ‘hacia afuera’ que sea más efectiva y enfocada en materia de desarrollo humano sustentable. En términos de gobernanza ‘hacia adentro’ la integración regional puede estar orientada a un desarrollo más integral a través, por

²⁰ GIACALONE (2016), p. 18.

²¹ SERBIN (2010), p. 2.

²² BUSSO (2016), p. 48.

²³ TOKATLIAN (1994), p. 54.

ejemplo, de políticas sectoriales de infraestructura y energía que superen los ámbitos nacionales”²⁴

y en materia de cooperación coordinando políticas nacionales (en términos de Robert Kohane) en materia tributaria.

Así, la coordinación de políticas entre los países integrantes de los diversos esquemas de integración conlleva el cumplimiento de una agenda que debe ser respetada, sobre todo en materia de desarrollo. Y para hacer efectivo dicho cumplimiento, es necesario que los Estados trabajen en un doble sentido: en el ámbito nacional en el ordenamiento y efectividad de sus políticas de recursos/ingresos y en la distribución de los mismos en pos de cumplir con los compromisos asumidos, por un lado, y, por el otro, en el ámbito regional, en la posibilidad de establecer acuerdos de cooperación y coordinación con el resto de los miembros para lograr una mayor efectividad en el desarrollo de sus políticas públicas.

3. LA AGENDA 2030 Y LAS CONDICIONES FISCALES

Según expresa Alicia Barcena:

“Los Objetivos del Desarrollo Sostenible –ODS– son una herramienta de planificación para los países, tanto a nivel nacional como local. Gracias a su visión a largo plazo, constituirán un apoyo para cada país en su senda hacia un desarrollo sostenido, inclusivo y en armonía con el medio ambiente, a través de políticas públicas e instrumentos de presupuesto, monitoreo y evaluación. La Agenda 2030 es una agenda civilizatoria, que pone la dignidad y la igualdad de las personas en el centro. Al ser ambiciosa y visionaria, requiere de la participación de todos los sectores de la sociedad y del Estado para su implementación”²⁵.

El análisis del documento permite concluir que el apartado 14 de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible se convierte, tal vez, en la expresión más acabada del cuadro de situación que vive el planeta y de él se desprenden los objetivos y las metas que se persiguen.

Este acápite sostiene:

“...Miles de millones de nuestros ciudadanos siguen viviendo en la pobreza y privados de una vida digna. Van en aumento las desigualdades, tanto

²⁴ STUHLREHER (2017), p. 86.

²⁵ BARCENA (2016), p. 5.

dentro de los países como entre ellos. Existen enormes disparidades en cuanto a las oportunidades, la riqueza y el poder. La desigualdad entre los géneros sigue siendo un reto fundamental. Es sumamente preocupante el desempleo, en particular entre los jóvenes. Los riesgos mundiales para la salud, el aumento de la frecuencia y la intensidad de los desastres naturales, la escalada de los conflictos, el extremismo violento, el terrorismo y las consiguientes crisis humanitarias y desplazamientos forzados de la población amenazan con anular muchos de los avances en materia de desarrollo logrados durante los últimos decenios. El agotamiento de los recursos naturales y los efectos negativos de la degradación del medio ambiente, incluidas la desertificación, la sequía, la degradación de las tierras, la escasez de agua dulce y la pérdida de biodiversidad, aumentan y exacerbaban las dificultades a que se enfrenta la humanidad. El cambio climático es uno de los mayores retos de nuestra época y sus efectos adversos menoscaban la capacidad de todos los países para alcanzar el desarrollo sostenible...”.

El marco de situación descrito y reconocido en el ámbito global queda más que claro con lo transcrito anteriormente. Varios interrogantes claves se presentan. Primero, si la realidad a la cual se hace mención puede ser modificada con una declaración en el ámbito global y solo eso, o si resulta necesario auditar con periodicidad las acciones y los avances que se vayan registrando; segundo, ¿existen en la declaración exigencias explícitas a todos los firmantes para que modifiquen sus políticas de recursos fiscales y de distribución?; tercero, ¿la política fiscal es una herramienta que puede modificar a través de una reorientación de las capacidades tanto recaudatorias como distributivas la participación efectiva de las naciones en el cumplimiento de los objetivos? Por último, ¿se han propiciado reformas en los sistemas tributarios que permitan alcanzar los objetivos perseguidos?

La respuesta a la primera interrogante surge del mismo texto de la Agenda del cual se desprende que se establecerá una acción de seguimiento y examen del cumplimiento de las metas. Así, principalmente el acápite 47 sostiene:

“Nuestros Gobiernos son los principales responsables de realizar, en el plano nacional, regional y mundial, el seguimiento y examen de los progresos conseguidos en el cumplimiento de los Objetivos y las metas durante los próximos 15 años. Para fomentar la rendición de cuentas a nuestros ciudadanos, llevaremos a cabo un proceso sistemático de seguimiento y examen en los distintos niveles, como se indica en esta Agenda y en la Agenda de Acción de Addis Abeba. El foro político de alto nivel, bajo los auspicios de la Asamblea General y el Consejo Económico y Social, desempeñará un papel central en la supervisión de ese proceso de seguimiento y examen a nivel mundial”.

Las responsabilidades primarias en el avance o estancamiento de realización de los objetivos recaen en cabeza de los Estados nacionales, los cuales deben procurar, a partir de un desarrollo de sus políticas, con responsabilidad y coherencia, encontrar los medios ya sea internos (desarrollo de políticas públicas en función de los objetivos perseguidos) o externos (alianzas de cooperación tanto regionales como mundiales) que resulten aptos para el cumplimiento del compromiso asumido.

En lo atinente a los dos siguientes cuestionamientos, y adentrándonos más específicamente en el tema relacionado con la cuestión fiscal e impositiva/tributaria, se observa que la Agenda menciona en escasas ocasiones el camino que debe seguirse en esta temática y, al mismo tiempo, respeta la decisión soberana de los Estados en cuestiones vinculadas con los aspectos normativos y su liderazgo para la toma de decisiones vinculadas con la puesta en práctica de políticas para erradicar la pobreza y promoción del desarrollo sostenible²⁶.

Solamente al desarrollar los objetivos 10 –Reducir la desigualdad en los países y entre ellos–; 12 –Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles– y 17 –Fortalecer las medidas de implementación y revitalizar la Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible– se hace expresa referencia a las políticas vinculadas con los recursos económicos e ingresos de las naciones y su correspondiente asignación o direccionamiento a fin de desarrollar las acciones que hacen al cumplimiento de dichos objetivos específicos.

De esta forma encontramos que el punto 10.4²⁷ refiere específicamente a la adopción de políticas fiscales, salariales y de protección social en pos de una mayor igualdad. El apartado 12.c²⁸ enuncia, por única vez, la rees-

²⁶ El acápite 63 establece: "...Reiteramos que cada país es el principal responsable de su propio desarrollo económico y social y que revisten suma importancia las políticas y las estrategias de desarrollo nacionales. Respetaremos el margen normativo y el liderazgo de cada país para poner en práctica políticas de erradicación de la pobreza y promoción del desarrollo sostenible, pero siempre de manera compatible con las normas y compromisos internacionales pertinentes..." y el apartado 66 reza: "Recalamos que, en todos los países, las políticas públicas y la movilización y utilización eficaz de los recursos nacionales, respaldadas por el principio de la titularidad nacional, son esenciales para nuestra búsqueda común del desarrollo sostenible, incluida la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Reconocemos que, ante todo, es el crecimiento económico, con el apoyo de un entorno propicio a todos los niveles, lo que genera recursos nacionales".

²⁷ Apartado 10.4 "Adoptar políticas, especialmente fiscales, salariales y de protección social, y lograr progresivamente una mayor igualdad".

²⁸ Apartado 12.c: "Racionalizar los subsidios ineficientes a los combustibles fósiles que fomentan el consumo antieconómico eliminando las distorsiones del mercado, de acuerdo con las circunstancias nacionales, incluso mediante la reestructuración de los sistemas tributarios y la eliminación gradual de los subsidios perjudiciales, cuando existan, para reflejar su impacto ambiental, teniendo plenamente en cuenta las necesidades y condiciones específicas de los

tructuración de los sistemas tributarios y la eliminación gradual de los subsidios perjudiciales en pos de la protección de los pobres y las comunidades afectadas y el punto 17.1 auspicia el

“fortalecimiento de la movilización de recursos internos, incluso mediante la prestación de apoyo internacional a los países en desarrollo, con el fin de mejorar la capacidad nacional para recaudar ingresos fiscales y de otra índole”.

4. UNA MIRADA A LOS SISTEMAS TRIBUTARIOS. EL CASO MERCOSUR

La particularidad de los sistemas tributarios de los países latinoamericanos en general, resulta ser la heterogeneidad. Dicho rasgo responde, sobre todo, a las distintas formas de la organización de los esquemas tributarios, fundamentalmente en lo que hace a la distribución de competencias y composición de las estructuras gubernamentales (sistemas centralizados, competencias subnacionales, etc.) y también a los dispares niveles de recaudación en los diferentes tipos de impuestos (directos, indirectos, contribuciones de la seguridad social y de energía).

El presente apartado tiene como objetivo realizar una descripción de las últimas modificaciones realizadas por los países del bloque MERCOSUR y sus miembros asociados en lo que a políticas tributarias/fiscales respecta, para determinar si las reformas propiciadas resultan acordes con los objetivos planteados en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.

4.1. Reformas tributarias

Como señala Alberto Arenas de Mesa²⁹ la política tributaria pertenece a la dimensión fiscal; pero su naturaleza es más amplia, ya que abarca distintas dimensiones de la actividad económica. Es por ello que la política tributaria puede transformarse en un poderoso instrumento de desarrollo que apoye firmemente la sostenibilidad fiscal a través de las siguientes áreas:

- i. Efectos distributivos: promoción de la equidad a través de políticas tributarias, por ejemplo, equilibrando el peso de los impuestos directos e indirectos.

países en desarrollo y minimizando los posibles efectos adversos en su desarrollo, de manera que se proteja a los pobres y a las comunidades afectadas”.

²⁹ ARENAS DE MESA (2016), p. 154.

- ii. Incentivos a la inversión: generación de incentivos a la inversión, promoción de la inversión extranjera mediante beneficios tributarios específicos en regiones que carezcan de ella.
- iii. Incentivos a sectores productivos: promoción de actividades y sectores productivos estratégicos, que tengan una alta rentabilidad social y económica para el país.
- iv. Incentivos a la innovación tecnológica: creación de nuevas tecnologías, otorgando exenciones tributarias a las empresas que destinen parte de sus recursos a la investigación científica y el desarrollo tecnológico.
- v. Protección del ambiente: mediante incentivos y regulaciones del uso de los recursos naturales, en especial de los no renovables.
- vi. Incentivos al desarrollo local y territorial: desarrollo económico local por medio de la descentralización tributaria, el desarrollo territorial y la tributación en gobiernos locales.

Alberto Arenas de Mesa³⁰ concluye que la sostenibilidad fiscal es uno de los pilares fundamentales del desarrollo sostenido de un país, puesto que para alcanzar el desarrollo se requiere de ingresos estables y permanentes que generen un financiamiento sostenible de las políticas públicas que promueven el crecimiento y permitan enfrentar la desigualdad.

Las distintas administraciones deben buscar la consecución del principio de “proporcionalidad contributiva”, que exige que la fijación de contribuciones concretas de los ciudadanos sea en proporción a sus singulares manifestaciones de capacidad contributiva, ya que lo deseado es que el aporte no resulte desproporcionado. La capacidad contributiva se entiende como la aptitud económica de los miembros de la comunidad para contribuir a la cobertura de los gastos públicos³¹.

Sostiene Héctor Villegas que el criterio de exteriorización de capacidad contributiva proviene de los impuestos directos cuando extraen el tributo en forma inmediata del patrimonio o del rédito, tomados como expresión de capacidad contributiva, en cambio, los indirectos cuando gravan el gasto o el consumo o, bien, la transferencia de riqueza tomados como índice o presunción de la existencia de capacidad contributiva³². Es decir —conforme a este criterio— que los impuestos directos gravan manifestaciones inmediatas de riqueza, mientras que los indirectos gravan exteriorizaciones mediatas de riqueza.

En consecuencia con lo enunciado, se analizan las distintas reformas que se han dado en los últimos años en los países miembros del MERCOSUR y Estados asociados, tomando los impuestos sobre la renta o ganancia

³⁰ ARENAS DE MESA (2016), p. 155.

³¹ VILLEGAS (2011), pp. 60, 205.

³² *Op. cit.*, p. 76.

(directos) y los tributos al consumo (indirectos) particularmente al Impuesto al Valor Agregado –IVA– o de similares características.

- 1) En lo tocante al Impuesto a la Renta o Ganancias, las modificaciones han girado en torno a cambios en las alícuotas que se perciben como, asimismo, en las bases imponibles, es decir, la cuantía o el monto sobre el cual se calcula el impuesto aplicable³³. Héctor Villegas indica que todo tributo debe tener definida su base imponible, aquella magnitud o valor al que se arriba por medio de la aplicación del procedimiento determinado por la ley para cada caso del tributo, de donde al aplicarse la alícuota o tasa porcentual también establecida en la ley, se obtiene como resultado el monto del tributo a pagar.

En el caso de Argentina se han hecho modificaciones que impactan en ciertos tipos de contratos (los celebrados en moneda extranjera) los cuales son gravados con una alícuota mayor (35%) por entender que expresan una capacidad de contribución muy alta y en un sector específico de la sociedad. Al mismo tiempo y en la misma sintonía, se ha impulsado el cobro de una alícuota mínima del 5% a aquellos contribuyentes que contraten servicios turísticos. La medida más reiterada en este país, en este tipo de impuesto, se relaciona con la eximición del Sueldo Anual Complementario (SAC) de la base imponible para el cálculo del mismo, medida que ha sido implementada con intermitencias. Por otra parte, se han subido las escalas de los mínimos no imponibles a fin de afectar al menor porcentaje de contribuyentes, buscando ejercer una menor presión tributaria sobre los asalariados fundamentalmente y favorecer un mayor consumo (véase el gráfico 1, que muestra la evolución que sufriera). Pero la modificación más importante registrada en el sistema tributario de Argentina se da a fines del año 2017 con la sanción de una ley –27430–, que grava a partir del 1 de enero de 2018 a la renta financiera tanto para títulos en dólares (15%) como en moneda nacional (5%) sobre un excedente de \$70 000 (setenta mil pesos argentinos) que es el mínimo no imponible. Con esta medida, la República Argentina se pone en sintonía con países como Bolivia, Brasil y Venezuela, que gravan los ingresos provenientes de actividades financieras.

En cuanto a Bolivia, la reforma impulsada creó un adicional del impuesto a la renta sobre las utilidades de las empresas y entidades financieras y que proyecta un alícuota que va del 12,5% al 22% de acuerdo con el coeficiente de rentabilidad (si dicho coeficiente excede un 6% del patrimonio de la entidad). La reforma propiciada en Brasil en el año 2015

³³ VILLEGAS (2001), p. 289.

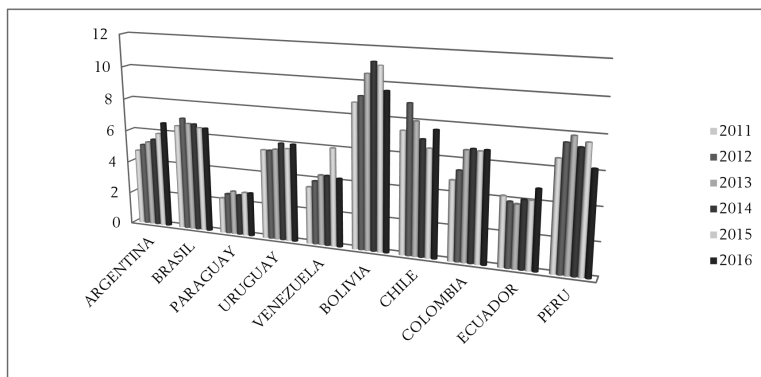
establece la creación de una contribución social sobre la ganancia neta de las empresas que oscila entre un 15% y un 20% si se trata de instituciones financieras en general y hasta un 17% para las cooperativas de crédito.

Por su parte, Ecuador ha eliminado exenciones por las venta de paquetes accionarios de empresas, por un lado, con el fin de obtener una mayor recaudación y, por otro, aumento las deducciones (es decir, una reducción del impuesto a aplicar por situaciones expresamente previstas en la legislación tributaria) que está en el orden del 15% a remuneraciones y beneficios sociales. En igual sentido (aumento de deducciones) se ha expresado la reforma instalada en el Perú al incrementarse el porcentaje de la deducción prevista por gastos en proyectos de ciencia e innovación tecnológica. Uruguay, por su parte, se limitó solamente a establecer una exención (es decir, una liberación o reducción de pago del tributo fijada por ley) para las rentas provenientes de la enajenación de viviendas de interés social.

Finalmente, Venezuela ha establecido un fuerte incremento de las alícuotas (aumento del 40%) del impuesto sobre la renta para entidades bancarias, financieras de reaseguro a empresas con domicilio en el país.

En general como puede observarse, las medidas implementadas en relación con el impuesto a la renta han sido establecidas en función de aumentos de las tasas o alícuotas a personas jurídicas, complementadas con el doble juego de aumento de deducciones y de incentivos fiscales –principalmente exenciones– a personas físicas y a ciertas actividades en búsqueda de promover actividades productivas específicas.

Grafico 1
Evolución del impuesto a la renta en el MERCOSUR
En porcentajes del PBI



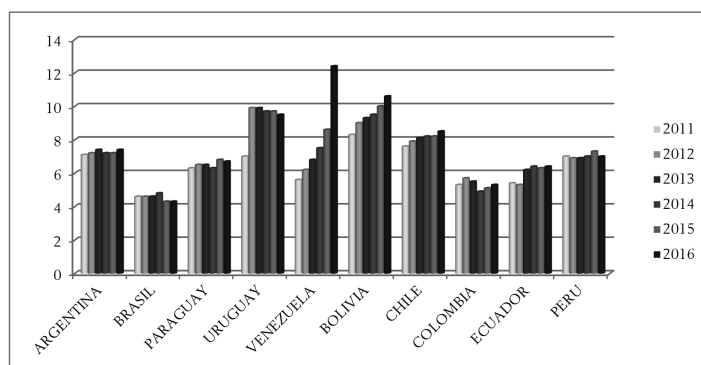
Fuente: elaboración propia en base a datos de la CEPAL y CIAT.

Se observa en el gráfico que los niveles de recaudación del Impuesto a la Renta, a pesar de las modificaciones ensayadas, se han mantenido constantes en los países del MERCOSUR. Solo Venezuela, Bolivia, Chile y Perú han registrado aumentos en ciertos periodos, pero luego regresaron a los niveles históricos de recaudación. Al mismo tiempo, a excepción de Bolivia, Chile y Perú en el resto de los países la recaudación de fuente en las ganancias o rentas se encuentra por debajo del 8% del PBI

- 2) La situación descrita precedentemente en cuanto al establecimiento de nuevas medidas en los impuestos denominados directos –aquellos que extraen el tributo en forma inmediata del patrimonio o del rédito–, no tiene un correlato con las modificaciones que se han realizado en materia de impuestos indirectos, fundamentalmente en el tributo emblema como lo es el Impuesto al Valor Agregado (IVA).

En este tipo de impuestos indirectos –aquellos que gravan específicamente el gasto o consumo– han hecho modificaciones solamente Ecuador (devolución del IVA pagado por adultos mayores en la adquisición de bienes y servicios de primera necesidad de uso o consumo personal) Brasil (cambio del cálculo del impuesto a la circulación de mercaderías –ICMS– en rubros como tecnología y computación con modificación de alícuota) y Perú (se conserva y extiende por tres años –hasta 2018– la exención impositiva para la venta de libros y afines).

Grafico 2
Evolución del impuesto al valor agregado (IVA) en el MERCOSUR
–en porcentajes del PBI–



Fuente: elaboración propia en base a datos de la CEPAL y CIAT.

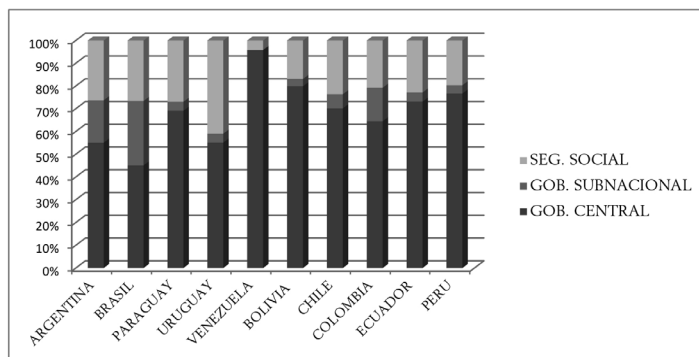
El gráfico expone que países como Argentina, Brasil, Paraguay, Chile, Colombia y Perú han mantenido el mismo porcentaje de cobrabilidad en este tipo de impuestos en los últimos cinco años. No obstante, en compa-

ración con el grafico 1 se destaca que la recaudación resulta ser más alta en este tipo de tributos para estos países. En los casos de Uruguay y Ecuador la tendencia alcista en la percepción de este tipo de tributos se dio a partir del año 2012 para el primero y en 2013 para el segundo, pero luego de dicho salto cuantitativo la cobrabilidad se mantuvo estable. Los casos paradigmáticos resultan ser los de Venezuela y Bolivia. En el primero no solo se mantuvo una corriente de mayor presión tributaria, sino que en los últimos cinco años la imposición sobre el consumo se duplico. En el caso de Bolivia, si bien fue más moderada el alza de la tributación, la situación nos demuestra un índice creciente progresivo en lo que al esquema de recaudación respecta.

4.2. Niveles recaudatorios

En las organizaciones impositivas de los países integrantes del esquema MERCOSUR conviven diversas formas de instituir las potestades tributarias de conformidad con la organización del Estado. En ese sentido se instituyen sistemas federales y unitarios que determinan la existencia de diversas esferas impositivas (gobierno central, gobiernos locales y contribuciones sociales). Es decir, que la facultad que reviste la autoridad estatal de fijar impuestos –establecida en relación con el sistema de gobierno–, implica que en los Estados o países federales existen varias “esferas tributarias” entendiéndose como tales a las provincias/estados (gobiernos subnacionales), por una parte, y a la nación o autoridad central (como, por ejemplo, en los sistemas de Argentina y Brasil), por la otra. En cambio, en los países unitarios (tal el caso de Chile) dicha potestad se encuentra únicamente en cabeza del poder central, que fija los tributos que se aplican en todo el territorio del Estado.

Grafico 3
Porcentajes de recaudación por niveles de gobierno
MERCOSUR



Fuente: elaboración propia en base a datos de CEPAL y CIAT.

Como detalla el gráfico 3, los gobiernos centrales concentran la mayor cantidad de ingresos tributarios independientemente de la distribución de la potestad impositiva prevista en función de la organización política del país (unitario o federal desde el punto de vista de la recaudación tributaria). La redistribución de los ingresos y el reparto con los gobiernos locales se realiza a partir de esquemas de coparticipación en los casos federales, los cuales son revisados en función de metas fiscales propuestas. Ejemplo de esto lo constituye el gobierno argentino a partir de la sanción de la ley n.º 27429 de diciembre de 2017 denominada de Consenso Fiscal que establece un nuevo marco de distribución de los ingresos tributarios con nuevas obligaciones tanto para el gobierno central como para los gobiernos provinciales. El caso paradigmático vuelve a ser en este esquema Venezuela, dado que no registra recaudación en ámbitos subnacionales y todo el ámbito de ingresos de fuente tributaria recae en cabeza del gobierno central.

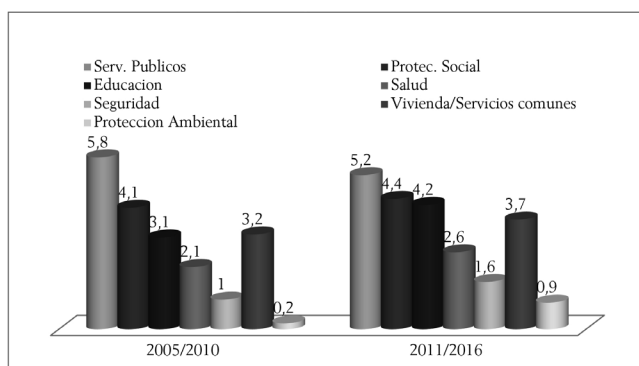
4.3. Destino y función de la distribución tributaria

La consecuencia de una recaudación eficiente por parte de los Estados se traduce en una utilización adecuada de los mismos en búsqueda de la satisfacción de “necesidades públicas relativas”³⁴, consideradas cada vez en mayor medida, de incumbencia estatal, por cuanto atañen a la adecuación de la vida comunitaria a los progresos emergentes de la civilización (educación, salubridad, asistencia social, transportes, comunicaciones, etc.). Para buscar la razón de ser del encuadre de estas necesidades como “públicas” debe indagarse en los fines económico-sociales del Estado moderno a saber: estabilidad económica, incremento de la renta nacional, máximo empleo, mejor distribución de la renta y de la producción de bienes y servicios, justicia social, entre otras. Entonces, las “necesidades públicas relativas” están vinculadas al progreso y bienestar social, metas por las cuales el Estado debe velar en la medida de sus posibilidades materiales.

En miras al cumplimiento de los Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS), es pertinente evaluar algunos aspectos que hacen a la distribución de los recursos de fuente tributaria en los países del MERCOSUR y asociados.

³⁴ VILLEGAS (2011), p. 5.

Grafico 4
Evolución de los gastos proveniente de fuente tributaria
por funciones y destino en el MERCOSUR
–en porcentajes de recaudación–



Fuente: elaboración propia en base a datos de la CEPAL y CIAT.

Según muestra el grafico anterior, las etapas de evolución o cambio de direccionamiento de los gastos por funciones y destinos registrados se dividen en dos. En el primer periodo, abarcado por el lustro 2005/2010, se destaca un mayor nivel de gasto en los servicios públicos por sobre otras áreas consideradas esenciales para el desarrollo como lo son educación, salud, seguridad y vivienda. Nótese que en el caso de los gastos en protección ambiental se destaca que las previsiones presupuestarias de las naciones resultan ser casi nula, alcanzando solo un 0,2% de la recaudación efectiva.

En el año 2005 afloran nuevas ideas en el regionalismo en Sudamérica y los esquemas de “regionalismo abierto” que se desarrollaron en la década de 1990, basados en la premisa de incrementar el comercio y las inversiones entre los Estados, comienzan a demostrar un cambio con preponderancia de la dimensión social³⁵, por lo que se incrementa el asistencialismo social y como consecuencia de ello la posibilidad de generar acuerdos de cooperación en áreas específicas.

A raíz de estos cambios se observa que en la segunda parte del análisis graficado –periodo comprendido entre los años 2011-2016– se registra una variación en cuanto a la orientación de los gastos y el destino de los mismos. Es de notar que cuestiones básicas que hacen al desarrollo humano, como son la protección social, la educación y la salud, adquieren mayor preponderancia. Se comprende que la merma registrada en los egresos de atención de servicios públicos no resulta significativa si ante la baja en el nivel de

³⁵ MELLADO (2015).

gastos en este aspecto se da una compensación a partir del aumento de otras erogaciones que toman situaciones más puntuales como lo son la salud y la educación. Por último, se ve reflejado, también, un incremento en los gastos en vivienda y servicios sociales como agua potable, redes cloacales y electricidad.

Se destaca un crecimiento de los gastos en el rubro medioambiental, el cual, en el primer periodo analizado, resultaba casi nulo y en el segundo tramo se convierte en receptor de una parte importante de las erogaciones provenientes de la recaudación tributaria.

5. EL QUIEBRE EN EL REGIONALISMO ABIERTO, HACIA UN NUEVO REGIONALISMO

La firma de la Declaración de las Naciones Unidas (ONU), que proclama la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible indica el comienzo de una nueva era en materia de cooperación internacional, con una participación más dinámica y activa de los Estados en lo que al desarrollo de políticas públicas respecta.

Paralelamente, los cambios registrados en los antiguos paradigmas que han marcado el desarrollo de los procesos de integración en la última década del siglo pasado y el primer lustro del actual, apuntaron a conseguir una cobertura más amplia de los acuerdos regionales, abarcando temas no ya vinculados con políticas estrictamente comerciales o fomentadoras de inversiones entre las naciones, sino direccionados a la resolución de cuestiones ligadas con el desarrollo.

Afirma Noemí Mellado³⁶ en América Latina y el Caribe el inicio del siglo XXI es acompañado por profundos cuestionamientos a los efectos socioeconómicos que las reformas neoliberales habían causado en la región, convirtiendo al mercado regional en un área de expansión del comercio y las finanzas de las economías desarrolladas en donde el “regionalismo estratégico”³⁷ adquirió un papel primordial como respuestas de los Estados al proceso de mundialización y asociado al agotamiento del modelo anterior. También se criticó al multilateralismo en sus diversos niveles, comercial, político y financiero, siendo los portadores de estas apreciaciones las movilizaciones sociales y los gobiernos de entonces –Hugo Chávez en Venezuela (1999); Néstor Kirchner en Argentina (2003); Lula da Silva en Brasil

³⁶ MELLADO (2018).

³⁷ BRICEÑO (2006), SANAHUJA (2007), BIZZOZERO (2009), GUERRA (2009).

(2002), Tabaré Vázquez en Uruguay (2004), Evo Morales en Bolivia (2006), Rafael Correa en Ecuador (2007), Daniel Ortega en Nicaragua (2007), Fernando Lugo en Paraguay (2008) y Mauricio Funes en El Salvador (2009)– que, con su ascensión, desarrollaron un discurso confrontativo sobre la base ideológica de un “nacionalismo económico”³⁸ o “nuevas izquierdas”³⁹, permitiendo no solo el resurgimiento del nacionalismo en lo económico, sino la politización de las agendas externas de los países orientadas a fortalecer el eje Sur-Sur⁴⁰.

Conforme sostiene Noemí Mellado⁴¹, a raíz de ello se readaptaron algunos procesos tales como el MERCOSUR, a partir de 2003, ampliando sus objetivos comerciales hacia los políticos, sociales y productivos⁴², como también se generaron nuevas configuraciones: la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América-Tratado de Comercio de los Pueblos (ALBA-TCP) y la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC), bajo el paradigma de la integración solidaria. Existe consenso académico respecto a que el regionalismo latinoamericano está atravesando por una nueva etapa, cuya denominación no tiene anuencia en la literatura especializada sobre el tema –“heterodoxo”, “estratégico y continental”, “modelo sudamericano”, “regionalismo poscomercial”, “poshegemónico” y “posliberal”–⁴³. Este regionalismo es más heterogéneo en donde la dimensión comercial pierde protagonismo frente a las dimensiones sociales y políticas

En consecuencia, el regionalismo abierto de la década de 1990 dio paso a nuevas formas de regionalismo, caracterizado fundamentalmente por la constitución de un proceso de concertación política o, en su defecto, uno de integración multifuncional, distanciándose de perspectivas tradicionales propias de las visiones economicistas de los procesos de integración conforme lo manifestara Anabella Busso⁴⁴.

Es en función de estos nuevos esquemas que los Estados, al aceptar el desafío que implica cumplir con el compromiso asumido a partir de la firma de la Declaración de las Naciones Unidas (ONU), deben mostrar una estructura articulada sólida, transparente y equitativa desde el punto de vista de su política fiscal, fundamentalmente en lo que hace a la obtención de

³⁸ TURCOTTE (2008).

³⁹ RODRÍGUEZ, BARRET y CHÁVEZ (2005).

⁴⁰ MELLADO (2017), p. 27.

⁴¹ MELLADO (2018).

⁴² BRICEÑO (2011), p. 121.

⁴³ MELLADO (2017), p. 29.

⁴⁴ BUSSO (2016).

recursos y la distribución de los mismos, teniendo en cuenta que América Latina es una de las regiones más desiguales del mundo. A tales fines deviene necesario que los sistemas tributarios, generadores de los ingresos genuinos con los cuales cuenta una nación, muestren una progresión en relación directa con las materias sobre las cuales recae la presión tributaria, aplicando mayor severidad en la carga tributaria sobre los impuestos directos (el patrimonio, la riqueza y las ganancias), y disminuyendo, al mismo tiempo, dicha presión fiscal en los impuestos indirectos (sobre el consumo).

6. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

Como se ha destacado, la heterogeneidad en materia de atribución de potestades tributarias ha caracterizado a los regímenes fiscales de los países de América del Sur y, particularmente, a los del MERCOSUR. Estas diferencias no se registran en los diferentes grados de imposición dado que los países resultan coherentes en el establecimiento de impuestos, demostrando un grado de homogeneidad cierto en cuanto a los tributos existentes en las diferentes administraciones.

Según lo descrito, ha habido reformas en búsqueda de una mayor progresión de los ingresos fiscales en función del establecimiento de gravámenes aplicados sobre el patrimonio y no sobre el consumo. A partir de los cambios ensayados en los primeros años de este siglo se ha notado un direccionamiento de las estructuras tributarias del bloque en un mismo sentido, dejando de lado las diferencias y marcando una coherencia y similitud en materia recaudatoria.

Las modificaciones impulsadas tuvieron dos objetivos: por un lado, la incorporación al sistema de ingresos fiscales de ciudadanos/contribuyentes que estaban fuera de los sistemas registrales, ello a partir de acciones tendientes a consolidar planes de regularización impositiva, el establecimiento de regímenes de blanqueos de capitales, etc., o que en función de sus ingresos y actividades no tenían una participación impositiva sustancial en los esquemas de tributación y; por el otro, un fuerte compromiso por parte de las distintas administraciones tributarias de enfrentar y eliminar el flagelo de la evasión que atenta contra las posibilidades recaudatorias de los Estados.

Conforme a lo descrito en el trabajo se puede considerar que a partir de los cambios impulsados por los distintos gobiernos del bloque, si bien los mismos no han sido profundos ni generalizados, indican una sana intención en búsqueda de una evolución en la progresión de los sistemas tributarios tratando de incrementar los ingresos provenientes de fuente impositiva gravando con mayor énfasis la manifestación directa de riqueza en detrimento del consumo.

Por lo tanto, el rumbo que han decidido tomar las distintas administraciones indica una similitud en el desarrollo de sus políticas fiscales, en general, y en lo tributario, en particular.

Ante la situación descrita, se entiende que las acciones a futuro deberían desplegarse en dos sentidos: en el ámbito nacional y doméstico una búsqueda del reforzamiento y consolidación interna de los sistemas tributarios de los países del MERCOSUR y sus socios intentando conseguir una mejor recaudación, justa, equitativa y continuadora de los procesos de reformas iniciados en los últimos años. En el ámbito regional se deberá desarrollar acciones en búsqueda de la generación de espacios de coordinación entre los miembros del bloque con una mayor participación del Estado desplegando un papel dinámico y activo.

De acuerdo con lo descrito, y dado que no existirían *a priori* incongruencias o diferencias sustantivas en las distintas composiciones tributarias de las naciones, es posible imaginar un futuro marcado por la celebración de acuerdos de coordinación en materia de destino de gastos entre las distintas administraciones, a partir de los cuales se generen instancias de cooperación y colaboración que permitan armonizar las políticas en materia de ingresos y su distribución, todo ello en función de comprender que las acciones individuales que los Estados puedan impulsar resultarían insuficientes ante el flagelo de la pobreza y de la distribución inequitativa de la renta en un mundo cada vez más interdependiente.

En consecuencia, la proactividad que se requiere de las naciones debería contemplar dos campos de acción bien diferenciados: internamente a partir de un desempeño eficaz de las políticas públicas de recaudación y de distribución; y externamente a través de acciones de coordinación con los demás países que permitan establecer programas de cooperación para así poder cumplir con las metas establecidas y los objetivos fijados en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTHABE, Mario. E. (1994): *El problema del desarrollo económico* (Cuaderno de cátedra del Instituto de Integración Latinoamericana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP).
- ARENAL, Celestino del (2001): "La nueva sociedad mundial y las nuevas realidades internacionales: un reto para la teoría y para la política", en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, pp. 17-86.
- ARENAS DE MESA, Alberto (2016): Sostenibilidad fiscal y reformas tributarias en América Latina (Santiago, Publicación de las Naciones Unidas CEPAL) Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40624/1/S1600733_es.pdf

- ASTE MEJÍAS, Christian (2006): *Curso sobre derecho y código tributario* (Santiago, Chile, LexisNexis).
- BRICEÑO RUIZ, José (2011): “Del regionalismo estratégico al regionalismo social y productivo. Las transformaciones del modelo de integración del Mercosur”, en *El MERCOSUR y las complejidades de la integración regional* (Buenos Aires, Editorial Teseo), pp. 121-162.
- BUSSO, Anabella (2016): “UNASUR en el escenario del multilateralismo latinoamericano: luces y sombras”, en *Oasis*, vol. 24: pp. 45-67. Disponible en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/oasis/article/view/4676/5427>
- CEPAL (2016a): *Agenda 2030 y los Objetivos del Desarrollo Sostenible. Una oportunidad para América Latina y el Caribe*. Disponible en https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40155/15/S1700334_es.pdf
- CEPAL (2016b): *Panorama Social y económico suramericano*. Disponible en http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40829/4/S1601163_es.pdf
- CEPAL (2017): *Panorama fiscal de América y el Caribe. La movilización de recursos para el financiamiento del Desarrollo Sostenible*. Disponible en http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/41044/4/S1700069_es.pdf
- CEPAL (2018): *Panorama fiscal de América y el Caribe. Los desafíos de las políticas públicas en el marco de la agenda 2030*. Disponible en https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43405/4/S1800082_es.pdf
- DURYEA, Suzanne y Marcos ROBLES (2016): *Pulso social de América Latina y el Caribe 2016: realidades y perspectivas* (Washington, BID). Disponible en <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/7863/Pulso-Social-de-America-Latina-y-el-Caribe-2016.pdf>
- GIACALONE, Rita (2016): “Conceptualización y marco analítico explicativo del multilateralismo latinoamericano”, en *Oasis*, vol. 24: pp. 7-25. Disponible en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/oasis/article/view/4674/5425>
- IBÁÑEZ, Josep (2000): “El nuevo regionalismo latinoamericano en los años noventa”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N° 1: pp. 1-11.
- KEOHANE, Robert O. (1990): “Multilateralism: An Agenda for Research”, in *International Journal*, vol 45 N° 4: pp. 731-764.
- MELLADO, Noemí (2014): *Regionalismo Latinoamericano. Dimensiones actuales* (Córdoba, Lerner Editora S.R.L).
- MELLADO, Noemí (2018): “El MERCOSUR en la reconfiguración del regionalismo sudamericano”, en Noemí B. MELLADO (coord.): *¿Integración o desintegración? Tendencias en el regionalismo sudamericano* (Argentina, en impresión).
- MELLADO, Noemí (2017): “Factores de incidencia en la agenda externa del MERCOSUR: Reconfiguración del orden regional”, en Noemí B MELLADO (coord. y ed.) y J. C.FERNÁNDEZ SACA (coeditor), *Desafíos para el regionalismo latinoamericano en*

- el contexto internacional del siglo XXI* (San Salvador, Edit. Delgado, Universidad Dr. José Matías Delgado) pp. 19-50.
- MELLADO, Noemí (2015): "El MERCOSUR en la estrategia de inserción internacional y regional de Argentina y Brasil", en Noemí MELLADO (coord. y ed.): *Estrategias de Inserción internacional e Integración latinoamericana en el siglo XXI* (Córdoba, Lerner Editora SRL).
- OCDE et al. (2018): *Estadísticas tributarias en América Latina y el Caribe 2018*, París, OECD Publishing. Disponible en https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/revenue-statistics-in-latin-america-and-the-caribbean-2018_rev_lat_car-2018-en-fr Disponible en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/oasis/article/view/4674/5425>
- ORTIZ MORALES, Catherine (2015): "Marco Teórico", en *I Cuaderno de investigación. Regionalismo, multilateralismo y organismos sub-regionales. Curso de Política Latinoamericana, Programa de Relaciones Internacionales, Semillero individuo, sociedad y sistema internacional* (Colombia, Universidad de San Buenaventura Bogotá, Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Económicas), pp. 7-16.
- OVIDO, Enrique, Daniel TACCARI y Pauline STOCKINS (2016): *Panorama social y económico suramericano*, CEPAL. Disponible en https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40829/1/S1601163_es.pdf Disponible en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/oasis/article/view/4674/5425>
- RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar, Patrick BARRET y Daniel CHÁVEZ (eds.) (2005): *La nueva izquierda en América Latina. Sus orígenes y trayectoria futura* (Bogotá, Grupo Editorial Norma) Disponible en <http://latinoamerica.sociales.uba.ar/files/2015/01/Chavez-Garavito-y-Barrett-La-nueva-izquierda-en-Am%C3%A9rica-Latina.pdf>
- RUGGIE, John G. (1992): "Multilateralism: the anatomy of an institution", in *International Organization*, vol. 46 N° 3: pp. 561-598.
- SÖDERBAUM, Fredrik (2003): "Introduction: Theories of New Regionalism", in Frederick SÖDERBAUM (ed.): *Theories of New Regionalism* (Basingstoke, A Palgrave Macmillan Reader), pp. 211-225.
- SERBIN, Andrés (2010): "Los desafíos del regionalismo en América Latina", en A. LANEYDY MARTINEZ, H. J. RAMANZINI y M. VÁZQUEZ (eds.): *Anuario de Integración 8* (Buenos Aires, CRIES), pp. 7-24.
- STUHLREHER, Amalia (2017): "Implicaciones de la reconfiguración del orden regional latinoamericano: ¿hacia más y mejor desarrollo?", en *Desafíos para el Regionalismo Latinoamericano en el contexto Internacional del Siglo XXI* (San Salvador, Editorial Delgado. Universidad Dr. José M. Delgado) pp. 77-95.
- TITELMAN, Daniel y Ricardo MARTNER (2016): *Panorama fiscal de América Latina y el Caribe 2016. Las finanzas públicas ante el desafío de conciliar austeridad con crecimiento e igualdad. CEPAL*. Disponible en http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/39939/S1600111_es.pdf?sequence=22

- TOKATLIAN, Juan Gabriel (1994): "Los componentes políticos de la integración", en *Integración, desarrollo económico y competitividad* (Santafé de Bogotá, Editorial Presencia), pp. 49-58.
- TURCOTTE, Sylvain (2008): "La política de Brasil hacia Sudamérica: entre voluntarismo y resistencias", en *Foro internacional*, vol. 48, N°4: pp. 785-806.
- VILLEGAS, Héctor (2001): *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario* (7ª ed., Buenos Aires, Editorial Depalma).

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA



Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

SENTENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL
DE JUSTICIA EN EL CASO CON BOLIVIA
SOBRE SUPUESTA OBLIGACIÓN
DE NEGOCIAR ACCESO AL OCÉANO PACÍFICO

SENTENCE OF THE INTERNATIONAL COURT
OF JUSTICE IN THE CASE WITH BOLIVIA
ON THE ALLEGED OBLIGATION
TO NEGOTIATE ACCESS TO THE PACIFIC OCEAN

*Raúl F. Campusano**

RESUMEN: En este texto se presenta la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso entre Bolivia y Chile sobre la eventual obligación de negociar una salida soberana al mar para Bolivia. Se analizan las decisiones de la Corte respecto de los ocho argumentos de Bolivia, se hace un breve análisis de la declaración del presidente Yusuf y de las opiniones disidentes de los jueces, Robinson, Salam e Daudet. Finalmente, se hacen algunas reflexiones sobre derecho internacional general y la política exterior de Chile, a propósito de este caso.

PALABRAS CLAVE: Corte Internacional de Justicia - Obligación de negociar - Derecho internacional - Solución pacífica de conflictos internacionales.

ABSTRACT: This text presents the judgment of the International Court of Justice in the case between Bolivia and Chile on the possible obligation to negotiate a sovereign outlet to the sea for Bolivia. The decisions of the Court regarding the eight arguments of Bolivia are analyzed. A brief analysis of the statement of President Yusuf and the dissenting opinions of Judges Robinson, Salam and Daudet is made. Finally, some reflections are made on general international law and the foreign policy of Chile, apropos of this case.

* Profesor Titular Derecho Internacional, Facultad de Derecho Universidad del Desarrollo.
rcampusano@udd.cl

KEYWORDS: International Court of Justice - Obligation to negotiate - International law - Peaceful settlement of international conflicts.

I. INTRODUCCIÓN¹

Con fecha 1 de octubre 2018, la Corte Internacional de Justicia dio a conocer su sentencia respecto del caso Bolivia-Chile. Bolivia demandó a Chile pidiendo al tribunal que se pronunciara

“en relación a la obligación de Chile de negociar de buena fe y en forma efectiva con Bolivia para llegar a un acuerdo para conceder a Bolivia acceso completamente soberano al Océano Pacífico”².

Chile presentó excepciones preliminares³ las que fueron rechazadas por la Corte⁴ y así, el juicio siguió su curso normal hasta la etapa de publicación de la sentencia.

¹ Las ideas presentadas en este texto se han visto beneficiadas por dos conversaciones/debates efectuadas durante los días en que se redactaron estas líneas. La primera es con el exministro de Relaciones Exteriores, Heraldo Muñoz (Conversatorio Chile después de La Haya, organizado por la Facultad de Comunicaciones de la Universidad del Desarrollo. Heraldo Muñoz y Raúl Campusano. Moderó Jean Palou. Miércoles 17 de octubre 2018), y la segunda es con el exdiputado Jorge Tarud (Conversatorio sobre La Haya, coordinado por José Alberto Irrázaval y con la participación de Jorge Tarud, Loreto Correa y Raúl Campusano. Moderó el profesor Francisco Tagle Montt. Facultad de Comunicación, Universidad los Andes. Miércoles 3 de octubre 2018). En las opiniones y discusiones producidas en estos encuentros, pude aprender, concordar y disentir en diversos aspectos sobre la interpretación y análisis del fallo de la Corte. Agradezco a la decana de la Facultad de Comunicaciones de la Universidad del Desarrollo, Carolina Mardones, por su invitación y a los profesores José Alberto Irrázaval y Francisco Tagle, de la Facultad de Comunicación de la Universidad los Andes, por la suya. Por supuesto, lo que se señala en este texto es de mi sola responsabilidad.

² El 24 de abril de 2013, la República Plurinacional de Bolivia presentó una demanda contra la República de Chile ante la Corte Internacional de Justicia pidiéndole que declare y ordene que: a) Chile tiene la obligación de negociar con Bolivia para lograr un acuerdo que le entregue salida soberana al océano Pacífico. b) Chile no ha cumplido con esta obligación. c) Chile debe cumplir esta obligación de buena fe, prontamente, formalmente, dentro de un plazo razonable y así garantizar a Bolivia acceso soberano total al océano Pacífico.

³ El 15 de julio de 2014, Chile presentó objeciones preliminares respecto de la jurisdicción de la Corte, señalando que: a) El Tratado de Paz de 1904 entre Bolivia y Chile, resuelve y gobierna los temas de soberanía territorial y la forma de acceso al mar de Bolivia. b) El artículo vi del Pacto de Bogotá de 1948 excluye la pretensión de Bolivia de la jurisdicción de la Corte porque se refiere a materias resueltas por el Tratado de 1904.

⁴ El viernes 25 de septiembre de 2015, publiqué una carta en el diario *El Mercurio* en el que señalaba que el juicio lo ganaría Chile, ya que así lo indicaba el estudio del derecho aplicable. En ese periodo, las opiniones prevalentes en Chile eran más bien pesimistas y la decisión de la Corte, de confirmar su jurisdicción, parecía entregar razones y argumentos a este punto de vista.

La Corte falló a favor de Chile, rechazando la demanda boliviana en todas sus partes. En efecto, señala el fallo en la etapa de conclusión general sobre la existencia de una obligación de negociar el acceso soberano al océano Pacífico que: a la luz de los antecedentes históricos y fácticos (recogidos en el mismo fallo), la Corte observa que Bolivia y Chile tienen una larga historia de diálogo, intercambios y negociaciones dirigidas a identificar una solución apropiada a la situación de mediterraneidad de Bolivia, que siguió a la Guerra del Pacífico y al Tratado de Paz de 1904. La Corte, sin embargo, no puede concluir, sobre la base de los materiales ante ella presentados, que Chile tiene la obligación de negociar con Bolivia de manera de lograr un acuerdo que le garantice a Bolivia un acceso totalmente soberano al océano Pacífico (peticiones bolivianas recogidas en los párrafos 13, 14 y 15 de la sentencia). De acuerdo con esto, la Corte no puede aceptar las otras peticiones finales presentadas por Bolivia, las que se basan en la existencia de tal obligación. La sentencia de la Corte es clara y contundente: No acepta argumento alguno de la demanda Bolivia y los rechaza todos y en todas sus partes⁵.

Se habló en ese entonces de la conveniencia de retirarnos del Pacto de Bogotá y se reflataron teorías (muy populares a propósito del anterior fallo en el caso con Perú) que la Corte fallaba salomónicamente, políticamente y que era muy creativa. Sin embargo, bastaba con leer el fallo en su totalidad para entender que, en realidad, era una decisión favorable a Chile. En efecto, el texto de la carta es el siguiente: “Señor Director: El texto de la decisión de la Corte Internacional de Justicia, en la que determina su competencia para conocer la causa entre Chile y Bolivia, es clave para el juicio que ahora comienza, ya que establece tres apreciaciones que subrayan el buen sentido del tribunal. Primero, que la Corte tiene presente que Bolivia no le pide que declare que tiene derecho a un acceso soberano al mar y tampoco le pide que se pronuncie sobre el Tratado de 1904. Esto es, la Corte no revisará el Tratado de 1904 y, por tanto, en el juicio no se discutirá sobre territorio nacional y la Corte no hará pronunciamiento alguno ni sobre el Tratado ni sobre acceso soberano. Segundo, que la Corte enfatiza que el uso durante el juicio de frases como “acceso soberano” y “negociar acceso soberano” no debieran entenderse como expresión de opinión por parte de ella respecto de la existencia, naturaleza o contenido de obligación alguna de negociar por parte de Chile. De esta forma, la Corte reafirma que no ha adoptado posición alguna y que, en su momento, fallará de acuerdo con el mérito de la causa. Tercero, que aun en el caso que la Corte decidiera que Chile tiene la obligación de negociar con Bolivia, el tribunal no puede predeterminar el resultado de tales negociaciones. Esto es, que la sentencia más extrema que esta causa podría llegar a tener es que la Corte indique a las partes que deben negociar, pero sin determinar contenidos ni fechas, ni resultados. Y negociar y la apertura a negociar es exactamente lo que Chile hace y ha hecho siempre”.

⁵ Como señala la profesora Paulina Astroza, de la Universidad de Concepción: “la primera gran lección es derribar mitos respecto al derecho internacional, respecto a la Corte Internacional de Justicia, respecto a la justicia internacional, y esto es muy importante, porque creo que se debe reforzar la idea de la importancia del derecho internacional, la importancia que tiene que las personas comunes y corrientes, no solamente aquellos que se vienen a formar con nosotros como futuros abogados y abogadas, tengan una formación jurídica en este tema,

Sin perjuicio de lo anterior, la Corte agrega:

“sin embargo, la decisión de la Corte no debe ser entendida como una preclusión a que las partes continúen sus diálogos e intercambios en un espíritu de buenos vecinos, abordando los asuntos relacionados con la situación de mediterraneidad de Bolivia, cuya solución ambas partes han reconocido que es una materia de interés mutuo. Con voluntad de las Partes, pueden desarrollarse negociaciones significativas.”

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En su fallo, la Corte se hace cargo de ocho pretensiones de la parte demandante, abordando latamente cada una de ellas⁶:

1. *Acuerdos bilaterales*

Sobre la base del examen de los argumentos de las Partes y la evidencia producida por ellas, la Corte concluye, en relación con los instrumentos bilaterales invocados por Bolivia, que estos instrumentos no establecen una obligación para Chile de negociar con Bolivia un acceso soberano al Océano Pacífico⁷.

No existen acuerdos bilaterales en que Chile se haya obligado a negociar una salida soberana al mar para Bolivia. El acuerdo bilateral que sí existe y se encuentra plenamente vigente es el tratado de Paz y Amistad de 1904 que establece:

sino que además cualquier persona. Se hacen muchas afirmaciones que no son correctas y que uno lucha, dentro de lo que puede, con por lo menos aportar desde el conocimiento lo que de verdad pasa en el ámbito internacional. Yo creo que con este fallo en definitiva uno puede con mayor seguridad decir lo que siempre dijimos, que en un juicio internacional uno puede ganar o perder total o parcialmente, que la corte per se no es una corte que va a fallar salomónicamente como se decía, con soluciones creativas, depende del caso concreto, depende de los argumentos, depende de muchas variables y la corte había fallado muchas veces totalmente en favor de una parte y no de otra y lo comprobamos ahora nosotros”. ASTROZA (2018) Cabe señalar que la profesora Paulina Astroza se ha convertido en una incansable y didáctica explicadora del derecho internacional en los medios de comunicación y en redes sociales, enseñando al público general, derribando mitos y diluyendo los espacios de ignorancia sobre estas materias.

⁶ En esta sección se ha optado por presentar una traducción libre (o idea general) de lo establecido en la sentencia, acompañada de su original en inglés en nota al pie de página.

⁷ 139. On the basis of an examination of the arguments of the Parties and the evidence produced by them, the Court concludes, with regard to bilateral instruments invoked by Bolivia, that these instruments do not establish an obligation on Chile to negotiate Bolivia's sovereign access to the Pacific Ocean.

“Artículo 2°. Por el presente Tratado, quedan reconocidos del dominio absoluto y perpetuo de Chile los territorios ocupados por éste en virtud del artículo 2° del Pacto de Tregua de 4 de Abril de 1884”.

2. *Declaraciones de Chile y otros actos unilaterales*

La Corte nota que las declaraciones de Chile y otros actos unilaterales respecto de los cuales Bolivia construye su pretensión, han sido expresados no en términos de adquirir una obligación legal, sino en el sentido de la voluntad de entrar en negociaciones respecto del tema de una salida soberana al mar por parte de Bolivia. Por ejemplo, Chile declaró su voluntad para “buscar que Bolivia pudiera adquirir su propia salida al mar” y “escuchar cualquier propuesta de Bolivia encaminada a resolver su situación de mediterraneidad.” En otra ocasión, Chile declaró su

“permanente propósito de estudiar, en conjunto con su país hermano, dentro del marco de una negociación franca y amigable, los obstáculos que limitan el desarrollo de Bolivia derivados de su condición de mediterraneidad. Las palabras de estos textos no sugieren que Chile haya adquirido una obligación legal de negociar con Bolivia un acceso soberano al Océano Pacífico”⁸.

En relación con las circunstancias de las declaraciones y afirmaciones de Chile, la Corte observa adicionalmente que no existe evidencia de una intención por parte de Chile de asumir una obligación de negociar. La Corte concluye, de esta forma, que una obligación por parte de Chile de negociar con Bolivia una salida soberana al mar, no puede establecerse de acuerdo con los actos unilaterales de Chile presentados por Bolivia⁹.

No hay actos unilaterales de Chile que constituyan una obligación de negociar una salida soberana al mar con Bolivia.

⁸ 147. The Court notes that Chile’s declarations and other unilateral acts on which Bolivia relies are expressed, not in terms of undertaking a legal obligation, but of willingness to enter into negotiations on the issue of Bolivia’s sovereign access to the Pacific Ocean. For instance, Chile declared that it was willing “to seek that Bolivia acquire its own outlet to the sea” and “to give an ear to any Bolivian proposal aimed at solving its landlocked condition” (see paragraphs 142 and 143 above). On another occasion, Chile stated its “unchanging purpose of studying, together with that brother country, within the framework of a frank and friendly negotiation, the obstacles that limit Bolivia’s development on account of its landlocked condition” (see paragraph 143 above). The wording of these texts does not suggest that Chile has undertaken a legal obligation to negotiate Bolivia’s sovereign access to the Pacific Ocean.

⁹ 148. With regard to the circumstances of Chile’s declarations and statements, the Court further observes that there is no evidence of an intention on the part of Chile to assume an obligation to negotiate. The Court therefore concludes that an obligation to negotiate Bolivia’s sovereign access to the sea cannot rest on any of Chile’s unilateral acts referred to by Bolivia.

3. *Aquiescencia*¹⁰

La Corte observa que aquiescencia es equivalente a un reconocimiento tácito manifestado por una conducta unilateral que la otra parte puede interpretar como consentimiento¹¹ y que el “silencio también puede hablar, pero solo si la conducta del otro Estado llama una respuesta¹². La Corte nota que Bolivia no ha identificado ninguna declaración que requiera una reacción o respuesta por parte de Chile en orden de prevenir que surja una obligación. En particular, la declaración de Bolivia al firmar UNCLOS, que refería a “negociaciones sobre la restauración a Bolivia de su salida marítima soberana en el Océano Pacífico” no implicó la aseveración de la existencia de obligación alguna por parte de Chile en este respecto. Así, la aquiescencia no puede ser considerada como una base legal de una obligación de negociar con Bolivia el acceso soberano al mar¹³.

4. *Estoppel*¹⁴

La Corte estima que en este caso las condiciones esenciales requeridas para el estoppel no existen. Aunque ha habido repetidas expresiones por Chile de su voluntad de negociar con Bolivia un acceso soberano al océano Pacífico, tales manifestaciones no apuntan a una obligación de negociar. Bolivia no ha demostrado que cambió su posición en su propio perjuicio o en beneficio de Chile, dependiente de las expresiones de Chile. De esta forma, el estoppel no puede entregar una base legal para la obligación de Chile de negociar con Bolivia una salida soberana al mar¹⁵.

¹⁰ De acuerdo con *The Free Dictionary*, ‘aquiescencia’ significa: “Conduct recognizing the existence of a transaction and intended to permit the transaction to be carried into effect; a tacit agreement; consent inferred from silence”.

¹¹ *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 305, para. 130.

¹² *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, Judgment, I.C.J. Reports 2008, p. 51, para. 121.

¹³ 152. The Court observes that “acquiescence is equivalent to tacit recognition manifested by unilateral conduct which the other party may interpret as consent” () and that “silence may also speak, but only if the conduct of the other State calls for a response” (). The Court notes that Bolivia has not identified any declaration which required a response or reaction on the part of Chile in order to prevent an obligation from arising. In particular, the statement by Bolivia, when signing UNCLOS, that referred to “negotiations on the restoration to Bolivia of its own sovereign outlet to the Pacific Ocean” did not imply the allegation of the existence of any obligation for Chile in that regard. Thus, acquiescence cannot be considered a legal basis of an obligation to negotiate Bolivia’s sovereign access to the sea.

¹⁴ De acuerdo con *Oxford Bibliographies*, *Estoppel* “is a rule of international law that bars a party from going back on its previous representations when those representations have induced reliance or some detriment on the part of others”.

¹⁵ “159. The Court finds that in the present case the essential conditions required for estoppel are not fulfilled. Although there have been repeated representations by Chile of its willingness

5. *Legítimas expectativas*

La Corte observa que las referencias a expectativas legítimas pudieran encontrarse en laudos arbitrales que involucren a un inversionista extranjero y al Estado receptor de la inversión que aplica cláusulas de tratados que disponen un tratamiento justo y equitativo. No se sigue de tales referencias que existe un principio en derecho internacional general que daría lugar al nacimiento de una obligación sobre la base de lo que se podría considerar una expectativa legítima. De esta forma, el argumento de Bolivia, basado en legítimas expectativas, no se sostiene¹⁶.

6. *Artículo 2 de la Carta ONU y artículo 3 de la Carta OEA*

La Corte recuerda que, de acuerdo con el artículo 2, párrafo 3, de la Carta de Naciones Unidas, todos los miembros resolverán sus disputas internacionales a través de medios pacíficos de tal forma que la paz y la seguridad internacional, y la justicia, no sean puestas en peligro. Este párrafo establece la obligación general de resolver las disputas de una forma tal que preserve la paz internacional, la seguridad y la justicia, pero no hay indicación en esta norma en el sentido de que las partes de una disputa deban acudir a una forma específica de solución de la controversia como, por ejemplo, la negociación. La negociación es mencionada en el artículo 33 de la Carta, junto con la investigación, conciliación, mediación, arbitraje, decisión judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección. Sin embargo, esta última disposición también entrega la elección de los métodos pacíficos de solución a las partes involucradas y no comanda ningún método específico, incluida la negociación. Así, las partes en una disputa optarán normalmente por una negociación, pero no están obligadas a ello¹⁷.

to negotiate Bolivia's sovereign access to the Pacific Ocean, such representations do not point to an obligation to negotiate. Bolivia has not demonstrated that it changed its position to its own detriment or to Chile's advantage, in reliance on Chile's representations. Therefore, estoppel cannot provide a legal basis for Chile's obligation to negotiate Bolivia's sovereign access to the sea".

¹⁶ "162. The Court notes that references to legitimate expectations may be found in arbitral awards concerning disputes between a foreign investor and the host State that apply treaty clauses providing for fair and equitable treatment. It does not follow from such references that there exists in general international law a principle that would give rise to an obligation on the basis of what could be considered a legitimate expectation. Bolivia's argument based on legitimate expectations thus cannot be sustained".

¹⁷ 165. The Court recalls that, according to Article 2, paragraph 3, of the Charter of the United Nations, "all Members shall settle their international disputes by peaceful means in such a manner that international peace and security, and justice, are not endangered". This paragraph sets forth a general duty to settle disputes in a manner that preserves international peace and security, and justice, but there is no indication in this provision that the parties to a dispute are

La Corte agrega que todo esto la lleva a la conclusión que no ha surgido una obligación para Chile, derivada de los artículos de la Carta de Naciones Unidas sobre la solución pacífica de disputas internacionales, de negociar un acceso soberano al mar para Bolivia¹⁸.

Por su parte, el artículo 3 de la Carta de la OEA, establece que las controversias de carácter internacional que surjan entre dos o más Estados americanos serán resueltas por medios pacíficos. El artículo 24 dispone que las disputas internacionales entre Estados miembros serán sometidas a los procedimientos pacíficos establecidos en la Carta, mientras que el artículo 25 enumera estos procedimientos pacíficos de la siguiente manera: negociaciones directas, buenos oficios, mediación, investigación y conciliación, decisiones judiciales, arbitraje y todos aquellos métodos que las partes en disputa puedan acordar en cualquier momento. La utilización de un sistema específico como, por ejemplo, la negociación directa, no es una obligación de acuerdo con la carta, y por ello no puede ser la base legal de una obligación de negociar una salida soberana al océano Pacífico por parte de Bolivia¹⁹.

7. Resoluciones de la Asamblea General de la OEA

La Corte observa que ninguna de las resoluciones relevantes de la Asamblea General de la OEA indica que Chile se encuentra bajo la obligación de negociar con Bolivia una salida soberana al océano Pacífico para ese país. Estas resoluciones meramente recomiendan a Bolivia y Chile que lleven a cabo negociaciones sobre la materia. De la misma forma, la resolución AG/RES 686, respecto de la que Bolivia pide especial atención, solo urge a las partes a

required to resort to a specific method of settlement, such as negotiation. Negotiation is mentioned in Article 33 of the Charter, alongside “enquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement, resort to regional agencies or arrangements” and “other peaceful means” of the parties’ choice. However, this latter provision also leaves the choice of peaceful means of settlement to the parties concerned and does not single out any specific method, including negotiation. Thus, the parties to a dispute will often resort to negotiation, but have no obligation to do so.

¹⁸ All this leads the Court to the conclusion that no obligation to negotiate Bolivia’s sovereign access to the Pacific Ocean arises for Chile under the provisions of the Charter on the peaceful settlement of disputes.

¹⁹ 167. Article 3 (i) of the Charter of the OAS sets forth that “controversies of an international character arising between two or more American States shall be settled by peaceful procedures”. Article 24 provides that international disputes between Member States “shall be submitted to the peaceful procedures set forth” in the Charter, while Article 25 lists these “peaceful procedures” as follows: “direct negotiation, good offices, mediation, investigation and conciliation, judicial settlement, arbitration, and those which the parties to the dispute may especially agree upon at any time”. Resort to a specific procedure such as “direct negotiation” is not an obligation under the Charter, which therefore cannot be the legal basis of an obligation to negotiate sovereign access to the Pacific Ocean between Bolivia and Chile.

“comenzar un proceso de acercamiento y fortalecimiento de la amistad de los pueblos bolivianos y chilenos, dirigida a la normalización de sus relaciones y la superación de las dificultades que los separan, incluyendo especialmente, una fórmula para darle a Bolivia una salida soberana al Océano Pacífico, sobre bases que tomen en consideración conveniencias mutuas, derechos e intereses de todas las partes involucradas”²⁰.

Más aún, tal como ambas partes reconocen, las resoluciones de la Asamblea General de la OEA no son vinculantes *per se* y no pueden ser la fuente de una obligación internacional. La participación de Chile en el consenso para adoptar algunas resoluciones no significa que Chile haya aceptado obligarse, de acuerdo con el derecho internacional, por el contenido de tales resoluciones. De esta forma, la Corte no puede inferir por el contenido de estas resoluciones ni por la posición de Chile respecto de su adopción, que Chile haya aceptado una obligación de negociar un acceso soberano al océano Pacífico para Bolivia²¹.

8. Valor jurídico de instrumentos, actos y conductas tomadas en forma conjunta

La Corte nota que el argumento de Bolivia, del efecto acumulativo de los sucesivos actos de Chile, se construye sobre el supuesto que una obligación podría surgir a través del efecto acumulativo de una serie de actos aun cuando no se sustente en una base legal específica. Sin embargo, dado que todo el análisis que la Corte ha realizado precedentemente muestra que no ha surgido obligación alguna para Chile de negociar con Bolivia un acceso soberano al Océano Pacífico, derivado de ningún argumento tomado en forma individual, una con sideración acumulativa de tales argumentaciones no podría llevar

²⁰ 171. The Court notes that none of the relevant resolutions of the General Assembly of the OAS indicates that Chile is under an obligation to negotiate Bolivia’s sovereign access to the Pacific Ocean. These resolutions merely recommend to Bolivia and Chile that they enter into negotiations over the issue. Also resolution AG/RES. 686, to which Bolivia calls special attention, only urges the Parties “to begin a process of rapprochement and strengthening of friendship of the Bolivian and Chilean peoples, directed toward normalizing their relations and overcoming the difficulties that separate them $\frac{3}{4}$ including, especially, a formula for giving Bolivia a sovereign outlet to the Pacific Ocean, on bases that take into account mutual conveniences, rights and interests of all parties involved”.

²¹ Moreover, as both Parties acknowledge, resolutions of the General Assembly of the OAS are not *per se* binding and cannot be the source of an international obligation. Chile’s participation in the consensus for adopting some resolutions therefore does not imply that Chile has accepted to be bound under international law by the content of these resolutions. Thus, the Court cannot infer from the content of these resolutions nor from Chile’s position with respect to their adoption that Chile has accepted an obligation to negotiate Bolivia’s sovereign access to the Pacific Ocean.

a una conclusión diferente. No es necesario para la Corte considerar si ha existido continuidad en los intercambios entre las partes, ya que tal circunstancia, si fuera probada, no establecería en sentido alguno la existencia de una obligación de negociar un acceso soberano al mar para Bolivia²².

III. DECLARACIONES ANEXAS AL FALLO

La decisión del caso entre Bolivia y Chile tiene, además de la sentencia, una declaración y tres opiniones disidentes. Si bien estos textos anexos no tienen efecto respecto de la sentencia, es de interés jurídico y político conocerlas y entenderlas²³.

1. Declaración del presidente Yussuf.

La declaración del presidente Yusuf es de gran interés, ya que enfatiza que una obligación de negociar, como cualquier otra obligación de derecho internacional, solo puede surgir de una expresión de voluntad vinculante asumida por una de las partes en el contexto de un acuerdo bilateral o de un acto unilateral del Estado²⁴.

Luego de desarrollar un lato razonamiento, dicho Mandatario termina con un párrafo clave para entender el sentido y alcance de la sentencia: la Corte ha jugado, y continúa jugando, un papel importante en el universo de las soluciones de disputas entre Estados. Aun cuando los procedimientos judiciales no logren resolver las diferencias en forma definitiva entre Estados, permiten que las partes se encuentren en un foro adecuado, que puedan expresar sus respectivos puntos de vista en la materia en disputa, que puedan registrar el contexto y antecedentes de sus relaciones contenciosas, y que

²² “174. The Court notes that Bolivia’s argument of a cumulative effect of successive acts by Chile is predicated on the assumption that an obligation may arise through the cumulative effect of a series of acts even if it does not rest on a specific legal basis. However, given that the preceding analysis shows that no obligation to negotiate Bolivia’s sovereign access to the Pacific Ocean has arisen for Chile from any of the invoked legal bases taken individually, a cumulative consideration of the various bases cannot add to the overall result. It is not necessary for the Court to consider whether continuity existed in the exchanges between the Parties since that fact, if proven, would not in any event establish the existence of an obligation to negotiate Bolivia’s sovereign access to the Pacific Ocean”.

²³ En esta sección se ha optado por presentar una traducción libre (o idea general) de lo establecido en las declaraciones y opiniones anexas a la sentencia, acompañada de su original en inglés o francés en nota al pie de página.

²⁴ 1. As noted in various parts of the Judgment, an obligation to negotiate, like any other obligation in international law, can only arise from a binding commitment assumed by a party in the context of a bilateral agreement or as a unilateral undertaking.

puedan reencontrarse en un diálogo que podría haber estado congelado por años. En ese sentido, el trabajo de la Corte facilita la solución pacífica de las disputas más allá de lo estrictamente legal²⁵.

En la declaración del Presidente y en la sentencia, se establece la confirmación de principios importantes de derecho internacional sobre los cuales se construyen las relaciones entre los Estados. En efecto, el sistema funciona, debe funcionar y es bueno que así funcione, sobre la base que los Estados son libres de conversar y negociar sin que se establezcan obligaciones no deseadas. Si tales obligaciones se establecieran (que es la base de la demanda y pretensión boliviana) el efecto natural sería que ningún Estado querría sentarse a conversar y a negociar, ya que temería quedar obligado por este hecho, prefiriendo así no abrir la puerta al diálogo y cerrando posibilidades de encuentro. Sería un entorno hostil a las aproximaciones entre Estados, no habría espacio para la búsqueda del acuerdo libre. Y por ello es que este caso es importante no solo para Chile y Bolivia, sino que para todos los Estados del mundo y para la comunidad internacional. Es una señal de tranquilidad y seguridad, de fortalecimiento del instrumento de la conversación y negociación entre Estados como una fórmula especialmente adecuada para resolver sus conflictos en forma pacífica²⁶.

2. Opinión disidente del juez Patrick Robinson

El juez expresa, en su opinión disidente de veintitrés páginas, que Chile sí tiene la obligación de negociar directamente con Bolivia para encontrar una fórmula o solución que le permita tener una salida soberana al océano Pacífico. Esta obligación surge de acuerdos específicos como:

- a) el memorándum Trucco de 1961 y la respuesta de Bolivia de 9 de febrero de 1962 y

²⁵ 11. The Court has played $\frac{3}{4}$ and continues to play $\frac{3}{4}$ an important role in the universe of inter-State dispute settlement. Even when judicial proceedings do not definitely settle the differences between States, they allow the parties to meet in one venue, to set out their respective views on the subject-matter of the dispute, to put on record the background to their contentious relations, and to re-engage in a dialogue that may have been frozen for years. In that respect, the Court's work facilitates the peaceful settlement of disputes above and beyond the realm of the strictly legal.

²⁶ Así lo entiende y expresó claramente el agente de Chile Claudio Grossman al señalar: "esto no es un caso solo entre Chile y Bolivia. es un caso que tiene que ver con el valor del derecho, con la estabilidad de las fronteras, con el espacio legítimo para la diplomacia. Y de alguna manera, para la paz, porque si uno tiene que contratar abogados que lo vayan a acompañar en cualquier negociación, no va a haber negociación y se van a estimular los conflictos. En un mundo globalizado tiene que haber más conversación entre los países. Mucho más. Y no pasará si vamos a decir ¿cuántos abogados tienes tú? GROSSMAN (2018).

- b) la declaración conjunta de Charaña firmada por las partes en 1975 y 1977.

Estos intercambios, leídos a la luz de su contexto, las “circunstancias particulares” o contexto en que se redactaron, evidencian la intención de las partes de crear una obligación para Chile de negociar con Bolivia un acceso soberano al océano Pacífico²⁷.

Esta opinión es muy interesante, ya que de haber sido mayoritaria, le ordena a Chile que se siente a negociar con Bolivia. No le señala una obligación de resultado y ni siquiera plazo o condiciones.

3. *Opinión disidente del juez Nawaf Salam*

Este juez expresa su opinión disidente en un texto de siete páginas. En estas páginas señala que sí existe la obligación de negociar debido a algunos textos en los que Chile se habría obligado (desechando la mayor parte de los argumentos de Bolivia), para inmediatamente explicar que una obligación de negociar no puede significar una obligación de resultado:

“Yo debiera primero que todo explicar que, de acuerdo con mi opinión, una obligación de negociar tiene como una de sus características principales que, por su propia naturaleza es de un espacio limitado. Como ha escrito Michel Virally, ‘al asumir una obligación de negociar, un estado reserva el derecho de estar en desacuerdo, y por lo tanto el derecho a no llegar a acuerdo, con la sola condición que actúe de buena fe, lo que puede ser de difícil verificación’. Por supuesto, esto también explica el bajo umbral de persuasión que se requiere, en mi opinión, para demostrar la existencia de una intención de estar obligado a negociar. Tal intención puede inferirse de un número de factores: primero el contexto y en particular la existencia de una causa que justifique la intención de obligarse a negociar. En segundo lugar, los términos precisos de los diversos instrumentos que reflejan esa intención. Y en tercer lugar, la práctica subsecuente de aquellos instrumentos”²⁸.

²⁷ 92. Chile has a legal obligation to negotiate directly with Bolivia to find a formula or solution that will enable Bolivia to have sovereign access to the Pacific Ocean. This obligation arises out of specific agreements between the Parties, namely, (a) the 1961 Trucco Memorandum and Bolivia’s reply of 9 February 1962 as well as (b) Joint Declarations of Charaña signed between the Parties in 1975 and 1977. These exchanges read in light of their content, the “particular circumstances” or context in which they were drafted, evidence an intention of the Parties to create an obligation for Chile to negotiate Bolivia’s sovereign access to the Pacific Ocean. The analysis in paragraphs 81 to 90 establishes that that obligation has not been discharged.

²⁸ I should note first of all that, in my opinion, one of the main features of an “obligation to negotiate” is that it is, by its very nature, of a limited scope. As Michel Virally wrote, “in assuming

Aquí también queda establecida, por el juez disidente, que una obligación de negociar no puede contener una obligación de resultado.

4. Opinión disidente del juez *ad hoc* Yvet Daudet

Este magistrado, designado por Bolivia como juez *ad hoc*, presenta su opinión disidente en un texto de doce páginas.

Dice que lamenta en forma infinita el rechazo masivo de las pretensiones de Bolivia que, con el sentimiento de injusticia que está experimentando, ve cómo se desmoronan sus esperanzas de que una decisión de la Corte obligue a Chile a acudir a la mesa de negociaciones para darle una porción de costa, que sería el pulmón perdido para cualquier Estado sin litoral. No hace falta decir que estos efectos no han escapado a la Corte, pero es necesario recordar que el artículo 38 de su Estatuto requiere que la Corte se pronuncie de acuerdo a derecho. Es cierto que las apreciaciones del derecho y sus requisitos pueden no ser uniformes, lo que conduce a diferentes opciones y, a veces, a opiniones disidentes, pero en todos los casos se trata de aplicar el derecho, del que conocemos el rigor²⁹.

Tal vez, la reflexión más interesante de este juez sea aquella contenida en el numerando 58 y final de su declaración disidente, ya que puede ser interpretada como dando, finalmente, la razón y su apoyo al fallo oficial: A este respecto, la sentencia, por dolorosa que sea para Bolivia, puede, si las partes están dispuestas a hacerlo, favorecer un nuevo impulso hacia una negociación no impuesta, sino deseada por ambas partes en un estado de ánimo renovado. De hecho, se podría cuestionar las posibilidades de éxito de una negociación iniciada de forma restringida. Por otro lado, espero que una vez pasada la época de decepciones y frustraciones de un lado, y de la victoria satisfecha del

an obligation to negotiate, a State reserves the right to disagree ^{3/4} and therefore the right to prevent a settlement ^{3/4} on the sole condition that it acts in good faith, which may be difficult to verify". Of course, this also explains the low threshold of persuasion which is required, in my opinion, to demonstrate the existence of an intention to be bound to negotiate. Such an intention may be inferred from a number of factors: first, the context and in particular the existence of a cause justifying the intention to be "bound to negotiate"; next, the actual terms of the various instruments which reflect that intention; and finally, the practice subsequent to those instruments.

²⁹ Je regrette infiniment le rejet massif des positions de la Bolivie qui, avec le sentiment d'injustice qu'elle éprouve, voit s'effondrer ses espoirs qu'une décision de la Cour contraigne le Chili à venir à la table de négociations en vue de lui attribuer une portion de côte qui serait le poumon manquant à tout Etat dépourvu de littoral. Il va sans dire que ces effets n'ont pas échappé à la Cour mais est-il besoin de rappeler que l'article 38 de son Statut oblige la Cour à statuer sur la base du droit ? Certes, les conceptions du droit et de ses exigences peuvent ne pas être uniformes, ce qui conduit à des options différentes et parfois à des opinions dissidentes mais dans tous les cas il s'agit d'appliquer le droit dont on connaît la rigueur.

otro, los espíritus regresarán a una mayor serenidad y podrán apreciar correctamente lo que está en juego. Este no es el lugar para discutir eso. Depende de los propios Estados introducir las medidas necesarias en las demandas, por un lado, y en las posibilidades de satisfacerlas, por otro, mediante un juego equilibrado de concesiones mutuas, teniendo en cuenta que las relaciones de buena vecindad entre los Estados son una de las claves para la felicidad de los pueblos gracias al progreso que la cooperación económica, comercial y cultural permite entre los actores que encontrarán en sus acciones conjuntas las fuentes de su desarrollo. Así es como entiendo la redacción del párrafo 176 de la sentencia del Tribunal y, más particularmente, su última frase. Le doy la mayor importancia a este texto, con la esperanza de que este punto de vista sea compartido por Bolivia y Chile, quienes luego, con razón, satisfarán la demanda del primero de acceso soberano al mar mediante el consentimiento del segundo y la indemnización legítima que tiene derecho a recibir³⁰.

El párrafo, además de estar construido bellamente, es un fuerte llamado al encuentro de Bolivia y Chile en un proceso libre y abierto de negociaciones que termine, finalmente, en un acuerdo que deje satisfechas y tranquilas a ambas partes. Eso es una negociación y el juez acierta en la forma y en el fondo. Tanto es así, que su declaración disidente es, en realidad, un fuerte fortalecimiento de la sentencia del caso.

IV. PACTO DE BOGOTÁ

Tanto en relación con el juicio que Chile tuvo con Perú como con el que tuvo con Bolivia, diversas voces en Chile han expresado la conveniencia de que

³⁰ A cet égard l'arrêt, si éprouvant soit-il pour la Bolivie, peut, si les Parties le veulent bien, favoriser un nouveau rebond vers une négociation non pas imposée mais voulue de part et d'autre dans un état d'esprit renouvelé. En effet, on peut s'interroger sur les chances de succès d'une négociation engagée sur une base contrainte. En revanche, j'espère qu'une fois passé le temps des déceptions et frustrations d'un côté, de la victoire satisfaite de l'autre, les esprits revenus à plus de sérénité sauront correctement apprécier les enjeux. Ce n'est pas ici le lieu de les évoquer. C'est aux Etats eux-mêmes de le faire en introduisant l'indispensable mesure dans les revendications d'un côté et les possibilités de les satisfaire de l'autre par un jeu équilibré de concessions mutuelles, en ayant à l'esprit que les relations de bon voisinage entre les Etats sont une des clefs du bonheur des peuples grâce aux progrès que permettent les coopérations économiques, commerciales et culturelles entre des acteurs qui sauront trouver dans leurs actions communes les sources de leur développement. C'est ainsi que je comprends la formulation du paragraphe 176 de l'arrêt de la Cour et plus particulièrement sa dernière phrase. J'attache la plus grande importance à ce texte, en espérant que ce point de vue sera partagé par la Bolivie et le Chili qui sauront alors, avec raison, satisfaire la demande de la première à un accès souverain à la mer en consentant au second les compensations légitimes qu'il est en droit de recevoir.

se retire del Pacto de Bogotá. Conocidas y numerosas figuras del quehacer nacional piensan, y así han declarado públicamente, que debiera retirarse del Pacto de Bogotá. Entre ellos, puede destacarse a los cuatro redactores de la columna “Por qué debemos salir del Pacto de Bogotá”: José Rodríguez Elizondo, escritor y profesor de Relaciones Internacionales Universidad de Chile; Gabriel Gaspar Tapia cientista político, exsubsecretario FF.AA. y exembajador en misión especial, Eduardo Rodríguez Guarachi, abogado, consejero Universidad Diego Portales, exembajador y Óscar Izurieta Ferrer, cientista político, excomandante en jefe del Ejército de Chile, exsubsecretario de Defensa³¹.

En su texto, los autores mencionados dan a conocer su interpretación de la decisión de la Corte en relación con las excepciones preliminares presentadas por Chile:

“Tras el rechazo (categórico) de nuestras excepciones preliminares, quedó claro que la CIJ estaba por someter nuestra soberanía a revisión y que ningún fallo judicial liquidaría la estrategia de Bolivia. En efecto, su gobierno siguió exigiendo una negociación con resultados predeterminados, amenazando con nuevas demandas, optimizando la internacionalización de sus objetivos estratégicos y hostilizando a Chile por diversos medios

³¹ *El Mercurio*, Santiago, 14 de julio de 2018. La primera parte de la columna explicita la cosmovisión de los autores y su idea del derecho internacional y de los sistemas de solución pacífica jurisdiccional: “Cuando Bolivia constitucionalizó un supuesto ‘derecho irrenunciable e imprescriptible sobre el territorio que le dé acceso al Océano Pacífico’, su ‘aspiración marítima’ mutó en desafío internacional. Su gobierno ya no buscaría un acuerdo consensuado con Chile para optimizar sus vigentes salidas al mar, en el marco del Tratado de Límites de 1904. El objetivo era instalar un conflicto de poder. Era el inicio público de una estrategia integral, de aproximación indirecta, orientada a la adquisición de parte de Arica o a la ‘recuperación’ de Antofagasta. Su primer tramo, de apariencia jurídica, fue la demanda ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ), con base en el Pacto de Bogotá, para que este tribunal de la ONU nos obligara a negociar una salida soberana al mar. Nuestros abogados dictaminaron, de inmediato, que era una iniciativa jurídica inviable, pues soslayaba un requisito fundamental del Pacto: el respeto a los tratados vigentes. Faltó agregar que también violentaba los principios de la Carta de la ONU, encargada de velar por la no intervención, la paz y la seguridad internacionales. Por ello, cuando la CIJ acogió a trámite esa demanda, dio respaldo a una estrategia sin plausibilidad jurídica, pero idónea para poner en peligro la paz internacional. Además, asumió responsabilidades propias del Consejo de Seguridad, que es el encargado onusiano del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Ante esas desviaciones de poder jurisdiccional, Chile pudo cuestionar de plano la competencia de la CIJ, no compareciendo al pleito mismo, con base en el artículo 53 de su Estatuto y de su jurisprudencia. Así bloqueaba ab initio la maniobra comunicacional del gobierno boliviano y deslegitimaba un posible fallo no acatable. Sin embargo, primó la tradición juricista nacional y se optó por cuestionar a los jueces dentro del mismo proceso. Que ellos definieran su propia competencia, como si fuera un incidente procesal”.

tácticos. Sugerentemente, ya hay analistas que explican su actuar con base en las tesis de la “guerra asimétrica”³².

A continuación, los autores presentan su propuesta de retiro del Pacto de Bogotá:

“En tales circunstancias, Chile debió equilibrar mejor los recursos del Derecho, con los de la diplomacia y la disuasión defensiva. Así, hoy anunciamos que nuestra defensa del patrimonio territorial empleará ‘toda la fuerza de la historia’ y no solo la fuerza de la argumentación legal. En paralelo, ya estaba legitimado el debate sobre el retiro del Pacto de Bogotá. Empleado como plataforma para cuestionar, de manera soslayada, la vigencia de los tratados, ese Pacto ya no sirve para blindar el estatus de paz inherente al respeto a los mismos. Por lo demás, nunca fue una barrera respecto de las potencias mayores, que no lo ratificaron y, a mayor abundamiento, ya se retiró Colombia, país sede de su aprobación en 1948. Por lo señalado, Chile no debe resignarse a una eventual nueva demanda con contenidos revanchistas, sea de Bolivia o de otros países de la región. Más bien, debe dejar en claro que, en lo sucesivo, asumirá la defensa de su soberanía de manera directa, sin mengua del compromiso de resolver los conflictos de poder de manera pacífica, respetando la letra y espíritu de la Carta de la ONU. Consecuentemente, debemos retirarnos del Pacto de Bogotá. El haber entablado una demanda técnica ante la CIJ, contra Bolivia, sobre la naturaleza del río Siloli/Silala, no puede convertirnos en rehenes sine die de un instrumento que se hizo adverso a los intereses superiores del país”³³.

Podría hacerse una larga reflexión sobre las ideas contenidas en la columna de los cuatro autores. Tal vez, en el futuro, haya oportunidad para dilucidar estas ideas de “defensa de su soberanía en forma directa”, “bien forjada unidad nacional” y quizá la más interesante de ellas sea la crítica de los autores en contra de la opción tomada por el país y a la que se refieren como que “primó la tradición juricista nacional”. Sin embargo, en este texto solo nos referiremos a la propuesta de retirarnos del Pacto de Bogotá. ¿Qué es este pacto al que estos autores, y otros en Chile, rechazan? ¿Qué dice, qué propone el Pacto de Bogotá?

³² RODRÍGUEZ *et al.* (2018).

³³ El texto termina con un llamado a la unidad nacional: “Cabe agregar que no se trata de hacer de llanero solitario, reduciendo el tema a la emisión de un documento legalizado ante notario. Retirarnos exige un trabajo político y diplomático de calidad, con amplia información a los órganos principales de la ONU. El tema de fondo no es de conveniencia adjetiva o procesal, sino de defensa sustantiva de nuestra soberanía, ejercida en un marco de bien forjada unidad nacional”.

ARTÍCULO I. Las Altas Partes Contratantes, reafirmando solemnemente sus compromisos contraídos por anteriores convenciones y declaraciones internacionales así como por la Carta de las Naciones Unidas, convienen en abstenerse de la amenaza, del uso de la fuerza o de cualquier otro medio de coacción para el arreglo de sus controversias y en recurrir en todo tiempo a procedimientos pacíficos³⁴.

ARTÍCULO II. Las Altas Partes Contratantes reconocen la obligación de resolver las controversias internacionales por los procedimientos pacíficos regionales antes de llevarlas al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. En consecuencia, en caso de que entre dos o más Estados signatarios se suscite una controversia que, en opinión de las partes, no pueda ser resuelta por negociaciones directas a través de los medios diplomáticos usuales, las partes se comprometen a hacer uso de los procedimientos establecidos en este Tratado en la forma y condiciones previstas en los artículos siguientes, o bien de los procedimientos especiales que, a su juicio, les permitan llegar a una solución³⁵.

Tal vez sea adecuado recordar aquí que estas disposiciones citadas reflejan el derecho internacional vigente y que son parte de la política exterior permanente de Chile. A continuación, el pacto de Bogotá señala y desarrolla los diversos medios pacíficos de solución de controversias internacionales, considerando los buenos oficios y la mediación, la investigación y la conciliación, el arbitraje y el procedimiento judicial. En relación con este último sistema, dispone lo siguiente:

ARTÍCULO XXXI. De conformidad con el inciso 2º del artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las Altas Partes Contratantes declaran que reconocen respecto a cualquier otro Estado Americano como obligatoria ipso facto, sin necesidad de ningún convenio especial mientras esté vigente el presente Tratado, la jurisdicción de la expresada Corte en todas las controversias de orden jurídico que surjan entre ellas y que versen sobre:

- a) La interpretación de un Tratado;
- b) Cualquier cuestión de Derecho Internacional;
- c) La existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría la violación de una obligación internacional;
- d) La naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional.

³⁴ Pacto de Bogotá.

³⁵ *Ibid*

¿Qué hay de erróneo o reprochable, entonces, en estas normas contenidas en el Pacto de Bogotá? ¿No es precisamente la solución de conflictos internacionales de forma pacífica aquello a lo que Chile debe aspirar, proponer y practicar?

De esta forma, el Pacto de Bogotá es una expresión de la voluntad de los Estados miembros de resolver sus diferencias en forma pacífica. En el evento de que las partes no logren resolver tales diferencias a través de negociaciones directas, o métodos semejantes, acudirá a la Corte Internacional de Justicia.

Finalmente, se ha hablado, también, de una judicialización de los temas fronterizos de Chile y que esta “judicialización” sería negativa. Analicemos el tema. El Pacto de Bogotá tiene setenta años de vigencia. En ese periodo ha sido utilizado solo en dos ocasiones para demandar a Chile. Dificilmente esta cifra podría interpretarse como una “judicialización.” Sin perjuicio de lo anterior, no queda claro que el resorte a los sistemas jurisdiccionales existentes cuando las negociaciones directas no logran poner fin al conflicto sea una opción errónea o reprochable. ¿Qué alternativas podrían sugerir aquellos que rechazan estos medios pacíficos de solución de controversias?

V. JUICIO SOBRE EL SILALA

El 6 de junio de 2016 Chile demandó a Bolivia ante la Corte Internacional de Justicia a propósito de la naturaleza jurídica del río Silala, considerado manantial por Bolivia y río internacional por Chile.

Chile solicita a la Corte que juzgue y declare:

- a) El sistema del río Silala, junto con las porciones subterráneas de su sistema, es un curso de agua internacional, cuyo uso se rige por el derecho internacional consuetudinario.
- b) Chile tiene derecho al uso equitativo y razonable de las aguas del sistema del río Silala de conformidad con el derecho internacional consuetudinario.
- c) Bajo el estándar de utilización equitativa y razonable, Chile tiene derecho al uso que actualmente hace de las aguas del río Silala.
- d) Bolivia tiene la obligación de tomar todas las medidas apropiadas para prevenir y controlar la contaminación y otras formas de daño a Chile que resulten de sus actividades en las cercanías del río Silala.
- e) Bolivia tiene la obligación de cooperar y de proporcionar a Chile una notificación oportuna de medidas planificadas que pudiesen tener un efecto negativo sobre recursos hídricos compartidos, de

intercambiar datos e información y de realizar, cuando proceda, una evaluación de impacto ambiental, para permitir que Chile pueda evaluar los posibles efectos de tales medidas planificadas, obligaciones que Bolivia ha incumplido³⁶.

Cabe tener presente, entonces, que Chile ha hecho uso activo del pacto de Bogotá. En efecto en el considerando 6 de la demanda de Chile contra Bolivia ante la Corte Internacional de Justicia por el caso Silala, expresa lo siguiente:

“Tanto Bolivia como Chile son Partes en el Pacto de Bogotá. Chile ratificó el Pacto de Bogotá el 21 de agosto de 1967. Bolivia lo hizo el 14 de abril de 2011, con reserva al Artículo VI en el sentido que ‘los procedimientos pacíficos pueden también aplicarse a las controversias emergentes de asuntos resueltos por arreglo de Partes, cuando dicho arreglo afecta

³⁶ Caso Silala entre Chile y Bolivia. Demanda de Chile. Los argumentos de Bolivia son los siguientes: Chile pidió permiso en 1908 para usar las aguas del Silala, sentando precedente de uso autorizado. Silala no es un “río internacional”, sino un manantial surgido en terreno boliviano desde dos bofedales. Las aguas fluyen a Chile de manera artificial, a través de trabajos de canalización hechos por Chile en el siglo xx. Su uso es exclusivamente boliviano. Chile tiene una millonaria deuda por haber usado gratis las aguas durante un siglo. Como antecedentes del caso, pueden considerarse los siguientes: El presidente Morales anunció que demandaría a Chile por el Silala. El 11 de mayo de 2016 se dictó el decreto supremo N° 2760, por el cual se crea la Dirección Estratégica de Defensa de los Manantiales del Silala. En el marco de la Agenda de 13 Puntos desarrollada en Bachelet 1, Chile y Bolivia discutieron el caso del río Silala y llegaron en 2009 a un preacuerdo, que establecía un uso compartido de sus aguas, como es propio de los ríos binacionales. El preacuerdo se sometió a referendo en el Departamento de Potosí, cuyo resultado fue negativo. Se incorporó el pago de una “deuda histórica” que Chile consideró inaceptable. El presidente Morales ha hablado de robo y usurpación. A partir de 1996 Bolivia ha negado la calidad de río internacional del Silala, alegando que se trata de un manantial y que ha sido desviado artificialmente hacia Chile. Por los cien años anteriores su propia cartografía reconoció al cauce como un río. El río no ha sido desviado artificialmente; las aguas fluyen naturalmente hacia Chile. Siendo un recurso hídrico compartido, los países ribereños tienen derecho a usar esas aguas conforme al principio del uso razonable y equitativo, que es el principio de derecho internacional consuetudinario que se aplica a los cursos de agua internacionales. Uno de los criterios más importantes para determinar la división de volúmenes de agua es el uso actual del agua por parte de los ribereños. Chile aprovecha las aguas del río Silala. En Bolivia no han existido usos domésticos, agrícolas ni industriales perdurables. En el Tratado de 1904 Bolivia había expresado su interés por disponer de ferrocarriles para transportar mercancías hacia el Pacífico. En línea con ese interés, en 1906 y 1908 respectivamente, Chile y Bolivia otorgaron concesiones sobre esas las aguas del río Silala a la misma compañía, Ferrocarril de Antofagasta a Bolivia (FCAB), que la usaría para alimentar sus locomotoras a vapor. En 1996, el gobierno de Bolivia comenzó a objetar esa concesión, sobre la base de que la compañía no había respetado los términos del acuerdo. (Ideas recogidas del sitio web del Ministerio de Relaciones Exteriores, de los textos jurídicos aplicables y de un texto borrador de 2016).

intereses vitales de un Estado'. Bolivia retiró dicha reserva el 10 de abril de 2013. Ninguna reserva pertinente que haya hecho alguna de las Partes se encuentra vigente en la actualidad"³⁷.

¿No sería curioso proponer el retiro de un tratado internacional al que Chile ha acudido y utilizado para defender sus derechos soberanos?³⁸. Más aún si se observa la solidez del principio del uso equitativo y razonable³⁹.

³⁷ Caso SILALA entre Chile y Bolivia. Demanda de Chile, considerando 6.

³⁸ La posición de Chile es sólida y se basa firmemente en el derecho internacional aplicable al caso: El uso de cursos de agua internacionales se rige por el derecho internacional consuetudinario. Los principios del derecho internacional consuetudinario sobre los usos de los cursos de agua con fines distintos de la navegación quedan demostrados por la convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (en adelante, UNWC, por su sigla en inglés), suscrito en Nueva York el 21 de mayo de 1997 y que entró en vigor el 17 de agosto de 2014, por la jurisprudencia de esta Corte y otras cortes y tribunales, y por la práctica de los Estados. 1. La definición de un curso de agua internacional según el derecho internacional consuetudinario. Según el derecho internacional general, un curso de agua que atraviesa dos o más Estados es considerado como un "curso de agua internacional". El artículo 2 de la UNWC refleja el derecho internacional consuetudinario, estableciendo: "(a) Por 'curso de agua' se entenderá un sistema de aguas de superficie y subterráneas que, en virtud de su relación física, constituyen un conjunto unitario y normalmente fluyen a una desembocadura común; (b) Por 'curso de agua internacional' se entenderá un curso de agua alguna de cuyas partes se encuentran en Estados distintos". No cabe duda de que el río Silala es un curso de agua internacional de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario. La cuenca del río Silala presenta una pendiente ininterrumpida y regular de aproximadamente 4,3% en promedio, desde sus orígenes en Bolivia hasta que llega al río Inacaliri de Chile. Sus cabeceras están las quebradas bolivianas de cajones y orientales, a unos 4360 y 4421 metros sobre el nivel del mar, respectivamente. El río Silala atraviesa el límite internacional e ingresa a territorio chileno a unos 4278 metros sobre el nivel del mar. En varios tramos en Bolivia y en Chile, sus aguas fluyen por quebradas que fueron labradas en el transcurso de miles de años, una evidencia clara de que el Silala es un río y no producto de una canalización reciente. Durante al menos 93 años Bolivia ha reconocido consistentemente el carácter de curso de agua internacional del Silala. Ha aceptado la representación cartográfica del Silala como río en numerosas ocasiones, incluyendo el mapa oficial firmado y anexo al Tratado de Paz y Amistad de 1904. Bolivia no puede negar ahora el hecho de que el Silala es un río internacional al referirse a él como "manantiales" o "vertientes". Además, el hecho de que las aguas que forman el río Silala emerjan a la superficie a través de una vertiente no evita que esas aguas formen un curso de agua internacional. (Ideas recogidas del sitio web del Ministerio de Relaciones Exteriores, de los textos jurídicos aplicables y de la demanda).

³⁹ El principio de utilización equitativa y razonable de cursos de agua internacionales es derecho internacional consuetudinario. Tal como la Corte ha admitido, este principio se basa en la comunidad de intereses de todos los Estados ribereños en el uso de un curso de agua compartido. Chile sostiene que la aplicación del derecho internacional consuetudinario sobre los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación confirma el uso pasado y presente de Chile de las aguas del río Silala, cuyo flujo atraviesa el límite

Este juicio, a diferencia del ya resuelto, tiene características técnicas y jurídicas claras y debiera ser de decisión más bien expedita por la Corte. La evidencia es clara y la Corte decidirá de acuerdo con el derecho aplicable, como siempre hace y ha hecho⁴⁰.

VI. ALGUNAS REFLEXIONES DE FUTURO DERIVADAS DEL SIGNIFICADO Y ALCANCE DE ESTA SENTENCIA

La política exterior de Chile se basa y se ha basado en la estricta adhesión al derecho internacional. En ello hay razones de interés nacional y también ético-valóricas. Esta adhesión incluye el respeto a los tratados internacionales y la convicción de que los conflictos se resuelven a través de métodos pacíficos, por ejemplo, recurriendo a tribunales internacionales. El interés de Chile, y los valores de Estado que mantiene, indican que esta política debiera seguir guiando nuestro futuro. Bolivia es un Estado vecino y el futuro de ambos países se encuentra estrechamente ligado.

El adversario no es Bolivia ni el pueblo boliviano. El futuro de Chile y de Bolivia están ligados. El adversario son aquellas ideas que nos alejan de un futuro más promisorio, más digno y más ético. Hoy hay ganadores y ven-

internacional, como equitativo y razonable. Adicionalmente, Chile sostiene que existen otras obligaciones de Bolivia según el derecho internacional consuetudinario. De acuerdo con el derecho internacional consuetudinario, Bolivia tiene la obligación de cooperar y evitar daños transfronterizos al uso de las aguas del río Silala en Chile. Bolivia debe, además, notificar e informar a Chile sobre medidas proyectadas que puedan generar efectos perjudiciales sobre la utilización chilena de esas aguas. Dicha notificación debe ir acompañada por información y datos técnicos disponibles, incluyendo los resultados de cualquier evaluación de impacto ambiental, para permitir a Chile evaluar sus posibles efectos. Bolivia ha violado dichas obligaciones al rehusar atender la solicitud de Chile del año 2012 por información acerca de la construcción de un estanque piscícola y otros proyectos. Además, tampoco informó a Chile sobre la construcción de un puesto militar y viviendas que podrían tener un impacto perjudicial en el río Silala que afectara negativamente a Chile. Tampoco hay pruebas de que Bolivia haya tomado en consideración el impacto ambiental de dichas instalaciones y su efecto potencial en las aguas del río Silala que fluyen hacia Chile. (Ideas recogidas del sitio web del Ministerio de Relaciones Exteriores, de los textos jurídicos aplicables y de la demanda).

⁴⁰ El conocido analista, Ascanio Cavallo, ha expresado sobre el particular lo siguiente: “La demanda por el Silala, que el gobierno de Chile jamás habría interpuesto de no mediar las amenazas del presidente Morales, debe establecer simplemente que se trata de un curso de agua transnacional, que atraviesa una frontera y por tanto, debe ser compartido. Se trata no de un caso de interpretación política ni histórica, sino de mera demostración científica, geológica y geofísica. Peor aún: ya hubo un acuerdo sobre el uso de esas aguas, que se vino abajo solo por el tamaño de los intercambios, el eterno problema de toda negociación con Bolivia”. CAVALLO (2108).

cidos. En ambos países. Hoy han sido derrotados aquellos que desprecian el valor de los tratados internacionales y de los sistemas pacíficos de solución de controversias internacionales como, por ejemplo, las negociaciones directas y libres y los tribunales internacionales.

Con esta decisión de la Corte Internacional de Justicia han sido derrotados aquellos que promueven el aislacionismo y el uso de la fuerza. Hoy han sido derrotados aquellos que quisieran que Chile se retire de foros internacionales, sistemas multilaterales de arreglos de diferencias y participación activa en la comunidad internacional. Hoy han resultado derrotados aquellos que hacen gala de agresividad y fanatismo, aquellos que ofenden al celebrar. La ignorancia y la vulgaridad no es algo de lo que se deba sentir orgullo.

Con esta decisión de la Corte Internacional de Justicia han resultado vencedores aquellos que piensan que el futuro de nuestro país se construye junto con el futuro de otros países y pueblos, comenzando por nuestros vecinos. Hoy han resultado vencedores aquellos que piensan que los conflictos se resuelven de acuerdo con el derecho internacional y siempre a través de métodos pacíficos y acordados. Hoy han resultado vencedores aquellos que trabajan por un futuro mejor para todos, chilenos y bolivianos. Hoy han resultado vencedores aquellos que creen en la paz, la justicia y el derecho.

La Corte falla en derecho. Es importante mostrar que la Corte es un tribunal de derecho y que falla en derecho. No falla políticamente, ni salomónicamente, como algunos han señalado.

Sería un error retirarse del Pacto de Bogotá. La política exterior permanente de Chile se ha diseñado y se diseña sobre los pilares de la adscripción al derecho internacional a las instituciones multilaterales, al *pacta sunt servanda* y a la solución de conflictos a través de métodos pacíficos.

Debiera trabajarse en el restablecimiento de las relaciones diplomáticas con Bolivia. El interés de Chile así indica y también el de Bolivia. Por cierto, esto debe hacerse en forma serena y prudente, atentos a las circunstancias y procesos⁴¹. El punto es simplemente que el objetivo debiera apuntar a tal restablecimiento de relaciones diplomáticas que alienten tiempos

⁴¹ En esta línea argumental apunta Alberto van Klaveren, quien fuera agente de Chile en el caso de la demanda de Perú con Chile ante la Corte Internacional de Justicia: "Chile en distintas etapas ha estado dispuesto a hablar con Bolivia. Lo hemos hecho antes, hemos sostenido diálogos, sobre temas muy diversos y sobre todo hemos sostenido diálogos para mejorar el acceso de Bolivia al mar. Lo hemos hecho en distintas instancias, a mí mismo me correspondió en algún periodo que fue la agenda de los trece puntos (...) aquí hay espacio para el diálogo. Hay temas que son líneas rojas para Chile, nuestra línea roja es soberanía". VAN KLAVEREN (2018).

futuros de relaciones regionales armoniosas, constructivas y sinérgicas⁴². Ese es el futuro al que debiéramos aspirar.

Este es un periodo interesante y novedoso de nuestras relaciones vecinales y en especial de los temas de límites y fronteras. Con esta sentencia, queda meridianamente establecido que las fronteras y límites entre Chile y Bolivia son las establecidas en el Tratado de 1904 y no hay temas pendientes que obliguen a Chile. En relación con Perú, la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso de la delimitación marítima, también ordenó, fijó y confirmó los actuales límites y fronteras entre ambos países⁴³. El límite terrestre, establecido en el Tratado de 1929, no fue tocado por la Corte y, por lo tanto, además de establecer el límite marítimo entre Chile y Perú, refuerza por extensión el límite terrestre, dándole una fuerza y estabilidad

⁴² Por cierto, estos procesos son bilaterales, esto es, requieren la voluntad de Bolivia también. La administración del presidente Evo Morales hace que los acercamientos se hagan difíciles. La demanda interpuesta con Bolivia, objeto de estos apuntes, es una expresión de una aproximación por parte de Bolivia, que dificulta y posterga el levantamiento de una agenda constructiva y armoniosa para el futuro de ambos países. También debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 268 de la Constitución de la República Plurinacional de Bolivia: "I. El Estado boliviano declara su derecho irrenunciable e imprescriptible sobre el territorio que le dé acceso al océano Pacífico y su espacio marítimo. II. La solución efectiva al diferendo marítimo a través de medios pacíficos y el ejercicio pleno de la soberanía sobre dicho territorio constituyen objetivos permanentes e irrenunciables del Estado boliviano". Esta norma es parte de la nueva Constitución nacional, que fue aprobada en 2009 luego de un referéndum que tuvo alta participación ciudadana, luego de un proceso promovido por el gobierno del presidente Evo Morales y que tiene un pretensión mayor que un simple cambio constitucional para buscar constituirse en una verdadera refundación nacional, como lo dice el preámbulo de la nueva Constitución: "Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos. Nosotros, mujeres y hombres, a través de la Asamblea Constituyente y con el poder originario del pueblo, manifestamos nuestro compromiso con la unidad e integridad del país. Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia. Honor y gloria a los mártires de la gesta constituyente y liberadora, que han hecho posible esta nueva historia". Todos estos son aspectos que deben ser analizados con detención por parte de Chile. En esta misma dirección, cabe señalar la necesidad de contar con más y mejor conocimiento de la política, sociedad, economía y cultura boliviana por parte de Chile y en especial de aquellos que se relacionan con la política de nuestro país hacia Bolivia. El futuro se construye mejor si conocemos a nuestros vecinos.

⁴³ En Perú se ha hablado de un pequeño (muy pequeño) triángulo terrestre que podría estar aún en disputa y que dice relación con la diferencia de posición entre el Hito 1 y el Punto de la Concordia. Sin embargo, las bases jurídicas para tal pretensión son débiles y frágiles. El territorio es chileno.

a esa frontera como no la había tenido en ninguna oportunidad anterior⁴⁴. En relación con Argentina, las fronteras y límites se han fortalecido y conso-

⁴⁴ El fallo de la Corte Internacional de Justicia dispuso lo siguiente: “A) Por 15 votos a uno: Decide que el punto de partida del único límite marítimo que delimita las áreas marítimas respectivas entre la República de Perú y la República de Chile es la intersección del paralelo de latitud que pasa por el Hito N° 1 con la línea de bajamar; B) Por 15 votos a uno: Decide que el segmento inicial del único límite marítimo sigue el paralelo de latitud que pasa por el Hito N° 1 hacia el oeste; C) Por 10 votos a seis: Decide que este segmento inicial se extiende hasta un punto (Punto A) situado a una distancia de 80 millas náuticas desde el punto de partida del único límite marítimo; D) Por 10 votos a seis: Decide que desde el Punto A, el único límite marítimo continuará hacia el suroeste a lo largo de la línea equidistante desde las costas de la República de Perú y la República de Chile, medida desde ese punto, hasta su intersección (en el Punto B) con el límite de 200 millas náuticas medidas desde la línea demarcadora desde la cual se mide el mar territorial de la República de Chile. Desde el Punto B, el único límite marítimo continuará hacia el sur a lo largo de ese límite hasta que llegue al punto de intersección (Punto C) de los límites de 200 millas náuticas medidas desde las líneas demarcadoras desde las cuales se miden los mares territoriales de la República de Perú y la República de Chile, respectivamente; E) Por 15 votos a uno: Decide que, por las razones que se entregan en el párrafo 189, no necesita fallar sobre la segunda presentación final de la República de Perú”. Al darse a conocer, fue recibido con júbilo y festejos en Lima y con silencio y cierta desazón en Santiago. Hasta el día de hoy, la interpretación prevalente en ambos países es la de una victoria de Perú y una derrota de Chile. Sin embargo, es posible hacer una interpretación que matiza las emociones descritas anteriormente: La sentencia de la Corte se acerca mucho a todas las posiciones que Chile levantó en el juicio y se aleja a las presentadas por Perú. En efecto, la frontera marítima se mide desde el Hito 1 y no desde el Punto de la Concordia. Punto para Chile. La línea demarcatoria es una paralela y no una bisectriz (aunque solo hasta la milla 80). Punto parcial para Chile. Perú pierde toda posibilidad jurídica de reclamar territorio marítimo o terrestre más allá de la frontera delimitada por el Tratado de 1929 y la sentencia de la Corte. Punto para Chile, punto muy importante para Chile y que no ha sido ponderado adecuadamente entre nosotros. Y, finalmente, cabe recordar que Chile no perdió un milímetro de territorio nacional marítimo. Es cierto que la Corte entregó una porción de mar de lo que Chile estimaba parte de su zona económica exclusiva y eso no es bueno para los intereses de Chile, pero no es territorio marítimo nacional, no es y nunca fue parte de la soberanía de Chile. Esto se debió a que la Corte acogió la posición de Chile de una delimitación marítima a través de una línea paralela, pero solo hasta la milla 80 y en ese punto estableció una bisectriz. En Chile se señaló por varios que eso era una creación de la Corte y que demostraba que es un tribunal que falla en forma salomónica, y en forma creativa. Pero eso no es así. La Corte falló de acuerdo a derecho (como yo hace siempre). Para entender esta decisión de la Corte hay que entender la naturaleza jurídica en derecho internacional de la zona económica exclusiva y de su valor global en la comunidad de naciones, y también a que la Corte señaló que Chile no había logrado probar su presencia real más allá de la milla 80. Así, en el considerando 149 de la Sentencia, la Corte dispone lo siguiente: “La conclusión tentativa que alcanzó la Corte ut supra es que los elementos de prueba de los que dispone no le permiten concluir que el límite marítimo, cuya existencia reconocieron las Partes en esa época, se extendía más allá de 80 millas marinas a lo largo del paralelo desde su punto de inicio. La práctica ulterior que ha examinado la Corte no la lleva a cambiar de posición a este respecto”.

lidad luego de largos procesos ajustados al derecho internacional y que se fundan y lo dispuesto por el Tratado de 1881 y el Tratado de 1985. El sistema de tratados dejó dos temas pendientes: Laguna del Desierto y Campo de Hielos Sur. En el caso de Laguna del Desierto, quedó resuelto y terminado a través de arbitraje (con un resultado adverso a Chile). En el de Campo de Hielos Sur, no ha sido resuelto y sigue pendiente. Una propuesta de tratado que establecía una poligonal fue rechazada por ambos Congresos y el caso sigue abierto.

Quisiera terminar con una nota personal. Que grato e instructivo sería poder conversar (y discutir también) sobre esta sentencia con Fernando Gamboa Serazzi, brillante jurista de derecho internacional, académico y diplomático, quien siempre tuvo reflexiones sobre Chile y sus relaciones vecinales. Ya no está con nosotros, pero sus ideas y recuerdo siguen y seguirán con nosotros. El futuro de Chile, el futuro que queremos, basado en el derecho internacional, la paz y la justicia, lo construyen personas como Fernando.

BIBLIOGRAFÍA

- ASTROZA, Paulina (2016): *Sitio Web de la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción*. Disponible en www.udec.cl/panoramaweb2016/content/acad%C3%A9micas-de-derecho-analizaron-el-fallo-de-la-corte-internacional-de-justicia-por-la
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. (2018): “Boletín prospectiva internacional”, en *Centro de Estudios de Relaciones Internacionales CERI*, N° 28, Universidad del Desarrollo, Facultad de Gobierno.
- CAVALLO, Ascanio (2018): “Un poco de silencio”, en *La Tercera*, Santiago, 7 de octubre.
- GROSSMAN, Claudio (2018): “Los desconocidos capítulos de la estrategia chilena para ganar en La Haya”, en *El Mercurio*, Santiago, 7 de octubre.
- RODRIGUEZ ELIZONDO, José, Gabriel Gaspar TAPIA, Eduardo RODRÍGUEZ GUARACHI y Oscar IZUERIETA FERRER (2018): “Por qué debemos salir del Pacto de Bogotá”, en *El Mercurio*, Santiago, 14 de julio.
- VAN KLAVEREN, Alberto (2018): “Hay muchos espacios de diálogo posibles con Bolivia”, en *Diario UChile*, 3 de octubre.

Jurisprudencia

Sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso entre Bolivia y Chile sobre obligación de negociar acceso soberano al océano Pacífico. 2018.

Sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso entre Perú y Chile sobre delimitación marítima. 2014.

Otros

Caso Silala. Sitio web del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile.

Conversatorio Chile después de La Haya, organizado por la Facultad de Comunicaciones de la Universidad del Desarrollo. Heraldito Muñoz y Raúl Campusano. Moderó Jean Palou. Santiago, miércoles 17 de octubre 2018.

Conversatorio sobre La Haya, coordinado por José Alberto Irrázaval y con la participación de Jorge Tarud, Loreto Correa y Raúl Campusano. Moderó el profesor Francisco Tagle Montt. Facultad de Comunicación, Universidad de los Andes. Santiago, miércoles 3 de octubre 2018.

Declaración del President Yusuf.

Demanda de Bolivia contra Chile ante la Corte Internacional de Justicia sobre obligación de negociar acceso soberano al océano Pacífico.

Demanda de Chile contra Bolivia ante la Corte Internacional de Justicia por el caso del río Silala.

Demanda de Perú contra Chile ante la Corte Internacional de Justicia para determinar el límite marítimo entre ambos países.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Opinión disidente del juez Patrick Robinson.

Opinión disidente del juez Nawaf Salam.

Opinión disidente del juez *ad hoc* Ivet Daudet.

Pacto de Bogotá de 1948.

LIBROS, RESÚMENES
Y
RECENSIONES

ÍNDICE
REVISTA DERECHO PÚBLICO
IBEROAMERICANO
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO
AÑO 7 - N° 13 - OCTUBRE DE 2018

REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL
ISSN 0719-2959

WWW.DERECHOIBEROAMERICANO.CL

Presentación

ESTUDIOS

Historia de las instituciones políticas y jurídicas

Juan Fernando Segovia: De la razón de Estado a la razón de los derechos.
Tolerancia religiosa, libertad de conciencia y libertad de religión

Eduardo Andrades Rivas: Notas críticas sobre la legalidad del proceso a Tomás
de Figueroa

Diseño de las instituciones políticas y jurídicas

Carlos Manuel Rosales: Dos caras de la jurisdicción: análisis de los principios
de actuación del juez y del jurado

Sergio Cea Cienfuegos - Ricardo Coronado Donoso: Constitución y Fuerzas
Armadas en el siglo XXI: defensa nacional y seguridad humana

Derechos fundamentales

Andrea Rosario Iñiguez Manso: La influencia de Margaret Sanger y la Inter-
national Planned Parenthood Federation en la promoción del control de na-
talidad en Estados Unidos y Chile

JUSTICIA TRIBUTARIA

Claudio Andrés Salvatierra Garib: Procedimiento especial de reclamo por vulneración de derechos del contribuyente: criterios jurisprudenciales

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Eduardo Soto Kloss: La fundamentación del acto administrativo en la jurisprudencia de los tribunales ordinarios de justicia

RECENSIONES

Julio Alvear Téllez: *La hispanidad como problema. Historia, cultura y política*, de Miguel Ayuso

SIGLAS Y ABREVIATURAS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

ÍNDICE
REVISTA *IUS PUBLICUM* N° 41/2018
ESCUELA DE DERECHO
UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

ESTUDIOS

Lydia Jiménez: *La devaluación de la razón. Urgencia del pensamiento tomista en la universidad del siglo XXI*

Antonio-Carlos Pereira Menaut: *Guardianes de la humanidad*

Carlos A. Casanova: *Propiedad, hurto, robo y destino universal de los bienes*

Adolfo Paúl Latorre: *La disposición constitucional octava transitoria es inconstitucional*

Eduardo Soto Kloss: *La fundamentación del acto administrativo, doctrina y jurisprudencia en el ordenamiento jurídico chileno*

Enrique Díaz Bravo: *La Contraloría General de la República de Chile, como foro de tutela de la contratación pública*

Katherine Zambrano Román: *Tramitación electrónica*

Mayerlin Matheus Hidalgo y Luis Herrera Orellana: *La teoría de la elección pública y los “fallos” de la administración: A propósito de un caso de actividad de fomento*

IN MEMORIAM

Luis I. Amorós: *El caso de Alfie Evans*

CRÓNICA

Reflexiones tomistas: Esther Gómez de Pedro. *Reflexiones éticas*: P. Raúl Hasbún Z., Max Silva Abbott, José J. Ugarte Godoy, Enrique García Márquez, Dr. Matías Ubilla. *Reflexiones fuertes*: Guillermo Juan Morado, P. Raúl Hasbún Z., Ignacio Aréchaga, Jorge Martínez

DOCUMENTOS

MAGISTERIO PONTIFICIO: Paulus Pp. VI, *Carta Encíclica Humanae Vitae*. Mary Eberstadt, *El poder profético de la Humanae Vitae*. Carlos Casanova Guerra,

Humanae Vitae y Veritatis Splendor como exposiciones del Derecho natural, contrastadas con la irracionalidad de su rechazo. Todos los temores expresados por Pablo VI se han cumplido. La anticoncepción es parte de la cultura de la muerte. Carta pastoral con motivo del 50° aniversario de la encíclica Humanae Vitae de los obispos de Astana/Kazajistan. En el Reino Unido: Cientos de sacerdotes británicos firman una declaración respaldando a la Humanae Vitae. Todos los males de los que advirtió se han cumplido. S.S. Pío XII Soyez les bienvenues. Discurso sobre los errores de la moral de situación (viernes 18 de abril de 1952)

ACTUALIDADES

Eugenesia, otro atentado en contra de la vida humana
Vida y libertad religiosa
Rectificando la historia
Defensa del Tribunal Constitucional

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema (16.5.2018), Soto Abarca, Adriana c/Dirección de Previsión de Carabineros y Gendarmería de Chile (Recurso de protección - Rol 34.218-2017) (Comentario de Eduardo Soto Kloss

Juzgado de Letras de Santiago. 2.4.1864. Corte Suprema. 8.6.1864. Valdés con Ferrocarril del Sur. GT ,N° 1145 [1964], p. 388 (° 1081) (Expropiación: legalidad y finalidad/Imperatividad de los contratos/Indemnización a un privado por pérdida de ventaja económica futura (Comentario de Gabriel Bocksang Hola)

RECENSIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Reseña de libros
Reseña de revistas
Noticias
Ediciones *Ius Publicum*

ACTUALIDAD
JURIDICA

FORMULARIO DE SUSCRIPCIÓN

Nombre _____

Dirección _____

Dirección de despacho _____

Comuna _____

Ciudad _____ País _____

Teléfono _____ Fax _____

Profesión/Carrera _____

Universidad/Instituto _____

Empresa/Institución _____

Giro _____

R.U.T. _____ Correo electrónico _____

TIPO DE SUSCRIPCIÓN

Nueva Renovación 1 año 2 años

Emitir cheque cruzado a nombre de

“EDICIONES UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO LTDA.”

por la suma de \$ por suscripción (es)

TIPO DE DOCUMENTO

Boleta Factura

SUSCRIPCIÓN* 1 AÑO (2 revistas) 2 AÑOS (4 revistas)

Nacional \$ 22.000 \$ 40.000

Envíe el presente formulario vía correo, fax o correo electrónico a:
EDICIONES UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Avda. La Plaza 700
Santiago / Chile.
Fono 56 2 299 92 71
Fax: 56 2 299 92 71
E-mail: bsepulveda@udd.cl

Ainavillo 456
Concepción / Chile.
Fono 56 41 268690
Fax: 56 41 268669
E-mail: cferrando@udd.cl

