ACTUALIDAD JURÍDICA

Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

Año XXIII, N° 46 – julio 2022

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
Gabriela Rodríguez Stehn

Consejo Editorial

Hugo Rosende Álvarez
Jorge Ogalde Muñoz
Bruno Caprile Biermann
Sergio Verdugo Ramírez
José Manuel Díaz de Valdés Julia
Julio Alvear Téllez
Camila Boettiger Philipps
Cecilia Alcalde Prieto
Raúl Campusano Droguett
Eduardo Andrades Rivas

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

I. Tema central: En defensa de la libertad

- La imprescindible e inalienable libertad de enseñanza (Alberto Vergara) 13
- La libertad de enseñanza en la historia institucional chilena (Eduardo Andrades y Martín Versluy) 29
- Educación cívica, adoctrinamiento y libertad de pensamiento (Fernanda García) 51
- Libertad de culto y su ámbito colectivo en el fenómeno religioso: Núcleo esencial de la libertad religiosa (Joaquín Palma) 89
- Libertad de expresión y derecho penal: Breve referencia a la tipificación de delitos de incitación al odio en el derecho chileno (Ximena Marcazzolo) 109
- Asistencia jurídica y protección de la libertad: Reflexiones entorno a la asesoría jurídica como mecanismo de superación de vulnerabilidades sociales (Gaspar Jenkins) 125
- *Nisi si quid vi aut iure prohibetur* (Benjamín Musso) 159

II. Estudios y ensayos

- El caso Brewer-Carías vs. Venezuela: Lecciones desde la perspectiva del debido proceso (Marisol Peña) 183
- El poder constituyente impopular (Sergio Verdugo) 207
- Los casos de "rentas vitalicias" y la consolidación de la acción de inaplibcabilidad como amparo de derechos contra actos del legislador (Catalina Salem) 247
- Ley n.º 21400, modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio entre personas del mismo sexo (Fernando Rabat e Ignacia Vicuña) ... 271
- Funciones de la causalidad en la responsabilidad civil. Un esbozo (Cristián Aedo y Renzo Munita) 285
- Desde Friedman a Freeman. Una nueva mirada de la comisión para el mercado financiero al incorporar los valores medioambientales, de impacto social y de gobernanza (esg, en inglés) en la norma de carácter general n°.461 y en su perímetro regulatorio (Francisco Pfeffer) 315
- La utilidad de las formas procesales en el proceso judicial y la necesidad de distinguir las formas de los formalismos (Jaime Carrasco) 335
- La vinculación entre las cargas derivadas de la falta de conformidad en la CISG y la carga de la prueba (Andrés Erbetta) 367
- Minería y agua. Régimen jurídico actual (Carlos Claussen) 389
- Emergencia, tendencias y desafíos de la litigación climática (Raúl Campusano e Ignacio Carvajal) 429

- Política nacional de inteligencia artificial: Desafíos para la libertad (Francisca Labbé) 455
- Régimen de subcontratación y procedimiento de tutela laboral: Una revisión de la responsabilidad del mandante (Patricia Fuenzalida) 471
- La función fiscalizadora de los concejales en Chile: Dependencia del alcalde y carencia de protección para un adecuado ejercicio (Álvaro Delgado) 503
- Finanzas abiertas y *web scrapping* (Tomás Pintor y Francisco Larraín) 521

- Índice *Revista Derecho Público Iberoamericano*, n.° 20, Universidad del Desarrollo, abril de 2022 533
- Índice revista *Ius Publicum*, Universidad Santo Tomás, n.º 48/ marzo 2022..... 535

PRESENTACIÓN

El presente número de *Actualidad Jurídica* pone el foco en la libertad y su necesaria defensa. Relevar su importancia se hace necesario en los tiempos actuales de nuestro país, donde *ad portas* de un plebiscito constitucional y ante un probable escenario de cambios (independiente del resultado de aquella votación), nos parece que es esta una oportunidad para mantener la libertad como principio rector en nuestro ordenamiento jurídico. Como el camino a seguir y avanzar. Las razones son varias. Una de estas, radica en la otra dimensión de la libertad: La responsabilidad de aquel que es libre. Libertad y responsabilidad son dos caras de una misma moneda, que sirve para el desarrollo de cada persona, dentro de un ordenamiento jurídico que reconozca y asegure la dignidad de todo ser humano.

Como institución educativa, hemos dispuesto que el primer trabajo de nuestro Tema Central, "En defensa de la libertad", sea el de Alberto Vergara porque versa sobre la importancia toral de la libertad de enseñanza, postulando su idea respecto de los amplios alcances que llegan a la imprescindible autonomía universitaria y la libertad de cátedra.

A propósito de la libertad de enseñanza, Eduardo Andrades y Martín Versluy publican su trabajo titulado "La libertad de enseñanza en la historia institucional chilena", que resulta ser un aporte por enseñarnos cómo ha sido el desarrollo de esta libertad a través de los años en Chile. Señalan que esta ha sido un pilar del modelo educativo, con reconocimiento en tratados y declaraciones internacionales suscritos por nuestro país.

Fernanda García, nos invita a reflexionar sobre la libertad de expresión a través de la educación cívica y su crecimiento gracias a diferentes niveles de reconocimiento jurídico, con preocupación respecto de los últimos cambios normativos. Señala que cualquier intento serio por constitucionalizar la formación cívica de niños y adolescentes necesita de mecanismos efectivos que garanticen el respeto por el pluralismo democrático y la libertad de pensamiento.

Por otra parte, Joaquín Palma aborda la libertad de culto a partir de las restricciones impuestas por la crisis sanitaria provocada por la pandemia COVID-19. Plantea una necesidad de establecer cómo los poderes públicos deben enfrentar el fenómeno religioso comunitario para evitar afectar así su contenido esencial como derecho fundamental.

Ximena Marcazzolo analiza en su trabajo un tema siempre contingente: los alcances de la libertad de expresión. Lo hace mediante el estudio de la existencia en otros países de discursos ilícitos, a veces sancionados penalmente,

como los discursos de odio (*hate speech*). Todo esto deriva en un asunto que de forma indudable es complejo, los límites a la libertad de expresión y sus sanciones penales.

El profesor de Derecho Constitucional e investigador del Centro de Justicia Constitucional de nuestra Casa de Estudios, Gaspar Jenkins, pretende destacar la importancia de una adecuada asistencia jurídica, entiendo esta como presupuesto de protección de la libertad individual. Todo lo cual conduce a un entendimiento de esta como herramienta para combatir vulnerabilidades sociales, todo sobre la base de jurisprudencia reciente.

Cierra nuestro Tema Central Benjamín Musso, alumno de esta Facultad, con un trabajo en el que analiza el concepto de libertad dado por el jurista Florentino, poniendo hincapié en cada uno de sus componentes.

En cuanto a nuestra sección de Estudios y Ensayos, comenzamos con artículo de la profesora de Derecho Constitucional, Marisol Peña, en el cual analiza el dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU de octubre del año pasado, que ha procurado reparar los efectos de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del jurista venezolano Allan Brewer-Carías, en aquello que respecta al derecho de acceso a la justicia en conexión con el derecho a un recurso efectivo para tutelar los derechos protegidos a escala internacional.

Sergio Verdugo nos invita a una discusión actual en nuestro país con su trabajo sobre la popularidad del poder constituyente. El poder de dictar una Constitución reside en *el pueblo* y, por lo tanto, este trabajo plantea que esta teoría puede generar resultados impopulares que cuestionan las credenciales democráticas de los procesos constituyentes, usando como referencia el proceso chileno actual.

Qué duda cabe que la discusión de los retiros previsionales copó la agenda de los años 2020 y 2021. En estas discusiones, ya desde el segundo retiro excepcional se planteó la posibilidad de afectar los contratos de rentas vitalicias. Catalina Salem argumenta, sobre la base de estos casos, que la acción de inaplicabilidad ha ido perfeccionándose como una acción de amparo de derechos fundamentales contra actos del legislador.

En materias relacionadas al derecho civil, Fernando Rabat e Ignacia Vicuña abordan el reciente cambio normativo al matrimonio, que ha hecho de Chile uno de los países en reconocer el vínculo marital entre dos personas del mismo sexo.

Por su parte, Renzo Munita y Cristián Aedo publican "Funciones de la causalidad en la responsabilidad civil", trabajo que se refiere a lo que ellos plantean como un análisis complementario a la dimensión material o fáctica, para llegar así a los alcances de la causalidad y su incidencia en el juicio de responsabilidad.

También en materias actuales, Francisco Pfeffer describe la evolución que ha presentado la mirada de la Comisión para el Mercado Financiero, al transitar desde la supervisión, con énfasis en criterios esencialmente financieros, a la incorporación de valores medioambientales, de impacto social y de gobernanza al momento de fiscalizar aquellas actividades dentro de su perímetro regulatorio. Así, también, aborda la redefinición del concepto de interés social y del papel de la administración en la gobernanza de las empresas y al deber de que las sociedades que se financian en el mercado de capitales, para que se pronuncien y describan en sus memorias integradas cómo se hacen cargo de cumplir con los referidos valores.

En cuanto a materias propias del derecho procesal, Jaime Carrasco apunta a una noción de innegable interés: La importancia de las formas. Sostiene que la amplitud o restricción de esta idea es de una amplitud que hace imposible concluir el tema en este trabajo, lo que no imposibilita al autor a plantear acercamientos sobre la base de los requisitos de forma del acto procesal.

En otros asuntos, Andrés Erbetta analiza la vinculación que existe entre las cargas que derivan de la falta de conformidad en la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías Compraventa (CISG) y la distribución de la carga de la prueba. Y Carlos Claussen nos ofrece un análisis del régimen constitucional y legal de la minería y el tratamiento de las aguas, considerando las modificaciones de la reciente publicada Ley n.º 21435.

Raúl Campusano e Ignacio Carvajal presentan reflexiones sobre el estado de la litigación climática en el mundo, entendiéndola como una herramienta para enfrentar la actual crisis ambiental. Dividen su trabajo en dos partes: la primera, una introducción en la que se considera la situación presente del cambio climático y de los litigios climáticos, mientras que la segunda es un análisis a casos de connotados y atingentes a la materia.

María Francisca Labbé nos invita a mirar a desafíos presentes, que alguna vez parecieron lejanos. En su trabajo nos ofrece reflexiones en torno al desarrollo de la inteligencia artificial, introduciendo los principales aspectos de la Política Nacional de Inteligencia Artificial, promulgada en Chile durante el año 2021 y respecto de las oportunidades y riesgos que el desarrollo de esta implica.

Patricia Fuenzalida analiza la posibilidad de emplazar en el juicio sobre tutela laboral a la empresa principal o mandante y, en consecuencia, de extenderle los efectos de la condena, haciéndola responsable del pago de las indemnizaciones que deriven de la vulneración de derechos fundamentales, sea que estas hayan sido cometidas por ella o por el empleador y contratista.

Álvaro Delgado pone el foco en los gobiernos locales. Así, busca analizar el papel fiscalizador de los concejales en el ordenamiento jurídico mu-

nicipal, revisando las competencias que estos poseen para el cumplimiento de tales tareas. Junto a este estudio, plantea la protección constitucional y legal a estas labores, para terminar haciendo un ejercicio comparativo con legislaciones extranjeras.

Cierra nuestro número 46 el trabajo de Tomás Pintor y Francisco Larraín respecto de una materia innovadora en nuestro país y, sin embargo, ya avanzada en otros lugares del mundo: la prestación de servicios financieros por medios tecnológicos y las finanzas abiertas. Oportunidades que, sin duda, se hacen necesarias de abordar con especial atención. Este trabajo explica de qué se tratan estos temas y cómo el avance de estas significan mejoras en el acceso de bienes y servicios para las personas.

Así concluye nuestra revista n.º 46, abordando diferentes materias en derecho civil, procesal, comercial, ambiental y penal, entre otras, pero poniendo especial énfasis en la libertad. Todo este esfuerzo está pensado como herramienta de debate e insumo de conocimientos para la comunidad jurídica nacional.

EL DIRECTOR

TEMA CENTRAL

"En defensa de la libertad"

Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

LA IMPRESCINDIBLE E INALIENABLE LIBERTAD DE ENSEÑANZA

THE ESSENTIAL AND INALIENABLE FREEDOM OF EDUCATION

Alberto Vergara Arteaga[*]

Resumen: La libertad de enseñanza no se reduce solo a la libertad de abrir o cerrar establecimientos educacionales; no es tampoco una mera libertad de empresa en materia educacional. Su contenido esencial va mucho más allá de eso, y está íntimamente relacionada, también, con otros dos elementos fundamentales de una educación libre y plural: la autonomía universitaria y la libertad de cátedra.

Palabras claves: Libertad de enseñanza, educación libre, pluralismo, autonomía universitaria, libertad de cátedra.

Abstract: The freedom of education is not only the chance to open or close educational establishments; Nor is it a mere freedom of enterprise in educational matters. Its essential content goes far beyond that, and is also closely related to two other fundamental elements of a free and plural education: university autonomy and academic freedom.

Keywords: Freedom of teaching, freedom of education, pluralism, university autonomy, academic freedom.

Introducción

Corren tiempos difíciles para las libertades en todos los rincones del planeta, amenazadas por diversas fuerzas autoritarias convergentes, algunas de ellas

[*] Master of Law, Northwestern University, Estados Unidos. Abogado. Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor asistente adjunto, Departamento de Derecho Público. Correo electrónico: avergarz@uc.cl

aceleradas, sin duda, por la pandemia causada por el COVID-19. La invasión a Ucrania agrega también un escenario incierto para los derechos fundamentales y para los sistemas democráticos. En nuestro país, los riesgos para las libertades se han visto exacerbados por la crisis de octubre de 2019, y el proceso constituyente en que se encuentra actualmente inmerso Chile, propuesto en su momento como discutible intento de salida a dicha crisis social e institucional.

Sin lugar a duda son varias las libertades fundamentales amenazadas, tanto en Chile como en el mundo, en el actual momento sociopolítico, y entre ellas se encuentra especialmente en riesgo la libertad de enseñanza, que será objeto del presente ensayo.

Entender de manera adecuada la libertad de enseñanza, sobre todo como garantía fundamental para hacer efectiva la existencia del derecho de educación y evitar que este último sea cooptado o minimizado por los gobiernos de turno como herramienta de adoctrinamiento o reducido a un mero encadenamiento productivo, resulta fundamental para su adecuada defensa en estos tiempos de graves amenazas a las libertades.

Pero también es crucial entender la importancia que la libertad de enseñanza tiene, para una sana defensa y existencia de otros derechos fundamentales tales como la libertad de elección en materia educacional, la libertad de expresión y la libertad de conciencia, entre otras. Hay una simbiosis fundamental entre todas esas libertades, todas ellas derechos humanos claves para evitar la tiranía y lograr una sociedad democrática, pluralista y próspera. Lamentablemente esta interdependencia pocas veces es entendida de forma adecuada e, incluso, en ocasiones es arteramente desconocida o atacada.

Es también fundamental este análisis para descartar algunos malentendidos o derechamente interpretaciones de mala fe que existen sobre la libertad de enseñanza, especialmente en Chile, prejuicios que con preocupación vemos que han permeado en una parte importante de nuestra sociedad.

En efecto, como se explicará en este ensayo, la libertad de enseñanza no se reduce solamente, como caricaturescamente han hecho creer algunos, a la libertad de abrir o cerrar establecimientos educacionales, no es tampoco una mera libertad de empresa en materia educacional, su contenido esencial va mucho más allá de eso, y está íntimamente relacionada con otros dos elementos fundamentales de una educación libre y plural: la autonomía universitaria y la libertad de cátedra.

Allí donde no hay verdadera libertad de enseñanza, tampoco hay libertad de elección en materia educacional, se afecta también el derecho a la educación y lo que es más grave, se ven mermadas muchas libertades y derechos, lo que impide encontrar sociedades verdaderamente pluralistas y democráticas. Es, pues, tarea de todos, si queremos que nuestro país, y el resto del mundo sigan avanzando hacia mayores grados de pluralismo, profundidad demo-

crática, prosperidad y respeto por los derechos de todas las personas, especialmente de las minorías, que la libertad de enseñanza sea adecuadamente consagrada en los textos constitucionales, efectivamente promovida y protegida por la institucionalidad, justiciable y defendida por la ciudadanía.

¿Qué es la libertad de enseñanza?

Lo primero que debemos decir, aunque parezca obvio, es que se trata, sin duda alguna, de un derecho fundamental, es decir, forma parte de los derechos humanos inalienables que emanan de la naturaleza humana, de su dignidad y, como tal, debe estar consagrada expresamente en los catálogos de derechos fundamentales, como efectivamente ocurre en la inmensa mayoría de los textos constitucionales en todo el mundo, así como en los tratados internacionales de derechos humanos.

Nuestra actual Constitución, siguiendo la tradición constitucional chilena, no es la excepción, y el nuevo texto constitucional que eventualmente se apruebe como fruto del actual proceso constituyente tampoco debería serlo, debiendo consagrar expresamente la libertad de enseñanza en el catálogo de derechos fundamentales. Sin embargo, las señales que hemos visto hasta el momento en la Convención Constituyente resultan inquietantes, como se explicará más adelante.

Pero ¿qué significa que una libertad sea un derecho fundamental? ¿Acaso las libertades fundamentales no son también derechos humanos? Aunque estas preguntas parecieran absurdas, lamentablemente fruto en parte de la influencia de ciertas corrientes neomarxistas[1], por una parte, y de la exacerbación del lenguaje de los derechos sociales, por la otra, actualmente algunas personas hacen una artificial, dañina e innecesaria diferencia entre libertades y derechos fundamentales, pretendiendo, incluso, que existe un antagonismo o conflicto que, a su juicio, supuestamente debiera ser resuelto en favor de los derechos sociales, por sobre las libertades.

Sin embargo, esa dicotomía es artificial y errada, especialmente en relación con la libertad de enseñanza, la cual no solo es compatible, sino que, además, deviene en complemento necesario e indispensable al derecho a la educación, como correctamente concluyen numerosos autores tanto chilenos como de derecho comparado, sea que sostengan como lo hacen algunos que debe existir un solo derecho fundamental de educación con diversos derechos como elementos esenciales del mismo, o como sostenemos otros, dis-

[1] Véase Aron (2007), pp. 34-37.

tintos derechos fundamentales en materia educacional, íntimamente relacionados entre sí[2].

En uno u otro caso, es evidente que, tanto en el constitucionalismo chileno y comparado como en los sistemas internacionales de derechos humanos, existe consenso en que el derecho a la educación y la libertad de enseñanza son derechos distintos, aunque íntimamente relacionados e interdependientes entre sí.

De cierta forma, se pueden entender estos dos derechos fundamentales, más la libertad de elección en materia educacional, como los tres ángulos del triángulo de oro que sostiene el estatuto constitucional en materia educacional o, si se quiere, la libertad de elección y la libertad de enseñanza son las bases fundamentales de una pirámide cuyo pináculo es el derecho a la educación.

Por una parte, la educación como garantía fundamental implica el derecho a recibir educación, es decir, a ser sujeto del proceso formativo que implica ser educado en un sentido amplio, mucho más allá del mero sistema educativo formal. Por otra, el derecho a la libertad de enseñanza implica, en primer lugar, la posibilidad de participar en el proceso formativo de terceros, como sujeto activo, es decir, ser el educador, el formador o el que enseña y no el que recibe educación.

Como la define José Luis Cea, la libertad de enseñanza es:

> "[...] la facultad de participar en la transmisión metódica de información y conocimiento de manera gratuita o remunerada, a alumnos o estudiantes del sector público o privado en cualquiera de sus niveles. En su acepción informal, tal enseñanza sigue siendo el proceso de transmisión sistemática de información y conocimiento, en la familia, los medios de comunicación y otras instancias"[3].

La libertad de enseñanza también es definida por algunos autores, entre ellos Luis Fernando Castillo Córdova, como la dimensión subjetiva o de libertad del derecho a la educación[4]. Fernando Atria, en una línea similar, define tanto la libertad de enseñanza como la libertad de elección en materia educacional, como derechos sociales de elección[5].

En cualquier caso, los titulares de la libertad de enseñanza son, en primer lugar, los padres y las familias, quienes también además tienen el deber de educar a sus hijos, pero son también titulares de la libertad de enseñanza

[2] Véase en este sentido el desarrollo que hacen Romero y Zárate (2013), pp. 82-86.
[3] Cea (2004), p. 339.
[4] Castillo (2004), pp. 551-576.
[5] Fernando Atria, citado por Romero y Zárate (2013), p. 86.

todas aquellas personas, grupo de personas o instituciones que quieran participar en el proceso de educar a otros, y no se circunscribe solo a los profesores o instituciones que quieran ser educadores en el sistema educativo formal.

Es, por tanto, la libertad de enseñanza un derecho que asiste tanto a quien quiere fundar un colegio como a quien quiere ser profesor de planta en él, como al que solo quiere ir a dar una charla puntual sobre cualquier tema, por ejemplo, sobre técnicas de origami. Actualmente, además, con el alcance de las nuevas tecnologías y los nuevos medios de comunicación, las formas y los lugares en que se puede enseñar han crecido exponencialmente, ampliando, por tanto, en forma exponencial el campo de aplicación de la libertad de enseñanza.

Por otra parte, el desarrollo de las nuevas tecnologías hace aún más nítida la íntima relación que existe entre la libertad de enseñanza y otros derechos fundamentales como la libertad de expresión, puesto que, por ejemplo, una charla de un profesor de Física en la popular plataforma TED Talks, es un claro ejercicio de la libertad de enseñanza en lo que José Luis Cea llama su acepción informal[6] y, al mismo tiempo, de la libertad de expresión.

Más importante aún, el que los individuos puedan enseñar a otros, y que esa enseñanza pueda ser llevada a cabo por distintas personas, con diversos enfoques, ideas y metodologías, es la única garantía real de que pueda existir efectivamente derecho a la educación, ya que, por una parte, sin personas que enseñen, ¿cómo se puede recibir educación? y, por la otra, si no hay posibilidad de pluralismo entre los que enseñan, ¿cómo evitamos el monopolio de la educación por parte de una ideología, una religión o un grupo político?

La Corte Europea de Derechos Humanos ha sido muy enfática en señalar que la educación, especialmente la estatal, debe ser pluralista y respetuosa de la diversidad, pero ello no es realmente posible si no hay verdadera libertad de enseñanza. En efecto dicha Corte, al fallar el caso conocido como Folgero y otros contra Noruega, en su sentencia de 29 de junio de 2007 (TEDH 2007\53) ha señalado que ni siquiera la educación estatal puede rehuir el deber de buscar el pluralismo, debiendo evitar el adoctrinamiento, aun cuando exista como alternativa una buena educación particular fuertemente subsidiada por el Estado.

Es claro, además, que para que la libertad de elección en materia educacional sea real, las familias, las personas, deben poder elegir entre distintos proyectos educativos, y para eso es clave la libertad de enseñanza, sin ella, el riesgo de que exista un solo tipo de modelo o proyecto educativo es altísimo, y cuando ello ocurre, ¿sobre qué pueden elegir las personas y las familias?

[6] Cea (2004), p. 339.

Que las personas, las familias y las instituciones puedan tener, por una parte, libertad para enseñar y, por la otra, libertad para elegir en materia educacional, es, además, fundamental para que el sistema educativo evolucione, se desarrolle y vaya incorporando nuevas miradas, nuevas ideas y tecnologías, a la mayor velocidad posible, sin esperar la reacción de las burocracias estatales, religiosas o privadas de turno.

Es claro, entonces, que la libertad de enseñanza es una garantía esencial para que la educación no se transforme en un monopolio adoctrinador o anacrónico, pero ello es clave mucho más allá del mero campo educativo. En efecto, sin un sistema educativo diverso, pluralista, receptivo de nuevas ideas y en permanente evolución, existe el riesgo de que se terminen afectando, también, otras libertades fundamentales de las personas, tales como la libertad de expresión, la libertad de conciencia, la libertad económica, entre otras.

En efecto, en su gran mayoría, las personas aprenden a desarrollar sus capacidades de expresión, a tener opinión propia y a formar su conciencia e ir generando sus creencias a través de los procesos de formación o enseñanza y en la medida que esos procesos son diversos y pluralistas, se evita el riesgo de que se pretenda imponer un pensamiento único en la sociedad. No es casualidad, entonces, que los regímenes totalitarios busquen no solo censurar la libertad de prensa, sino que, también, generar un único sistema educativo que les sirva de plataforma de adoctrinamiento.

Por lo tanto, la libertad de enseñanza es también fundamental para una adecuada y vigorosa defensa de la democracia y el pluralismo[7].

La libertad de enseñanza en la historia constitucional chilena

Es derechamente una falacia, lamentablemente muy repetida, el que la libertad de enseñanza en nuestra tradición constitucional haya empezado con la vilipendiada Constitución de 1980, o que a partir de este texto constitucional se haya transformado esta libertad en una mera libertad de emprendimiento educativo. Si queremos hablar seriamente de los derechos fundamentales, en especial en materia educativa es necesario tener un debate de buena fe, con altura de miras y no anclado en mitos o falsedades.

En efecto, lo primero que debemos decir es que la libertad de enseñanza ha existido en nuestro sistema constitucional desde los albores de la República, existiendo una provisión mixta pública y privada en materia de edu-

[7] Véase al efecto Fernández (2016).

cación. Y, si bien los primeros textos constitucionales de nuestro país no hacen expresa mención a la libertad de enseñanza, se puede señalar que la Constitución de 1833 al señalar que la educación pública es tarea primordial del Estado, *de facto* está aceptando la existencia de la educación privada y con ella la libertad de enseñanza, que ya existía en nuestro país desde ante de la independencia.

En todo caso, la libertad de enseñanza recibe una consagración expresamente reforzada en la Constitución de 1925. En efecto, su artículo 10 n.° 7 garantizaba expresamente en su encabezado la libertad de enseñanza, y en sus diversos incisos dejaba claro la importancia de la educación privada como parte del sistema educativo de nuestro país[8]. En consecuencia, la libertad de enseñanza en ningún caso es un producto de la Constitución de 1980.

Más aún, es importante recordar la gran oposición que generó transversalmente en toda la sociedad chilena el intento del gobierno de la Unidad Popular, de crear la llamada ENU (Escuela Nacional Unificada), que implicaba eliminar o restringir gravemente la libertad de enseñanza en Chile.

Ello por cuanto la libertad de enseñanza no solo ha estado consagrada en los textos constitucionales chilenos, táctica o expresamente, sino, más importante aún, porque está profundamente arraigada en el alma de nuestra sociedad. Por eso, debilitar este derecho fundamental o derechamente omitir su consagración en el nuevo texto que la actual convención constituyente debe proponer a la ciudadanía, sería un gravísimo error y, sin duda, un retroceso.

En el texto constitucional aún vigente en Chile, la libertad de enseñanza y la libertad de elección en materia educacional, como derechos humanos fundamentales, las encontramos en el artículo 19 n.º 11 de nuestra Constitución y conforman junto al derecho a la educación consagrado en el numeral 10 del mismo artículo lo que algunos denominan las bases estructurales del derecho educacional chileno[9].

En el inciso primero de dicho artículo se establece: "La libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales". La Constitución, entonces, garantiza a cualquier persona, la posibilidad, bajo ciertos requisitos, por cierto, para crear diversos proyectos educativos, manteniendo una cierta libertad o autonomía en la forma de llevarlos adelante.

[8] La Constitución chilena de 1925 en el primer inciso de su artículo 10 señalaba en su texto original: "La Constitución asegura a todos los habitantes de la República: 7.o La libertad de enseñanza. La educación pública es una atención preferente del Estado. La educación primaria es obligatoria. Habrá una Superintendencia de educación pública, a cuyo cargo estará la inspección de la enseñanza nacional y su dirección, bajo la autoridad del Gobierno".

[9] Romero y Zárate (2013), p. 72.

Sin embargo, es evidente que el constituyente chileno tanto en 1980 como antes, ha querido darle un sentido mucho más amplio a la libertad de enseñanza, ella es mucho más que abrir, mantener y organizar establecimientos educacionales, estos tres derechos forman parte del núcleo esencial de esta libertad fundamental, pero no la agotan[10].

De alguna forma, la mejor y más simple definición de lo que debe entenderse por libertad de enseñanza para la Constitución de 1980, la dio en el seno de la Comisión Ortúzar, el comisionado Ovalle al señalar:

> "La libertad de enseñanza obliga esencialmente a la comunidad, y preferentemente al Estado, a no intervenir, a dejar que cada uno enseñe lo que pueda enseñar, con la condición esencial de que no altere, de que no viole ni las buenas costumbres, ni la moral, ni el orden público [...] El Estado verá o no si a esos títulos les otorga reconocimiento"[11].

Por lo tanto, en un sentido amplio, la libertad de enseñar, en cuanto a transmitir conocimientos o habilidades, la tenemos todas las personas, independientemente de si esa enseñanza se da en el contexto del proceso educativo formal y también con presidencia de si esa enseñanza tiene o no algún tipo de reconocimiento oficial o es conducente o no a algún título o grado.

Ahora bien, la Constitución chilena se encarga de poner límites a la libertad de enseñanza en cualquier ámbito, recurriendo, en primer lugar, a tres cláusulas generales de derecho clásicas: la moral, el orden público y las buenas costumbres. Por lo tanto, sin perjuicio de las críticas que suelen hacerse a ese tipo de prohibiciones generales e indeterminadas, ya la existencia de ellas desmitifica que nuestra Constitución establezca una especie de *laissez faire* absoluto en materia educacional.

Adicionalmente, nuestra Constitución agrega otro límite expreso a la libertad de enseñanza, cuando ella quiere ser ejercida en el contexto del sistema educativo con reconocimiento oficial, señalando que ella no puede orientarse a propagar tendencias político-partidistas.

Pero los límites no terminan ahí, ya que el inciso final del artículo 19 n.° 11 establece que una ley orgánica, en este caso la Ley General de Educación (LGE) establecerá, por una parte, los requisitos mínimos que se exigirán para cada uno de los niveles de enseñanza básica y media (que forman parte de la educación obligatoria conforme al numeral 10 del artículo 19) y, por la otra, establecerá los requisitos que deben cumplir los establecimientos educacionales de todo nivel que quieren tener reconocimiento oficial.

[10] Romero y Zárate (2013), p. 87.

[11] Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesión 141, p. 2.

Teniendo en cuenta dichos límites, si se hace una revisión objetiva de la LGE, así como de la numerosa legislación que se ha dictado en materia educacional, y de los decretos supremos que regulan el reconocimiento oficial en materia educacional, queda claro que la libertad de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales dista mucho de esa supuesta libertad absoluta de empresa en materia educacional, con que algunos autores han tratado de caricaturizar nuestra regulación constitucional en la materia.

Con respecto a la libertad de elección en materia educacional, el hecho de que el artículo 19 n.° 11 consagre dicho derecho junto con la libertad de enseñanza, lleva a muchos autores a plantear que ambas libertades forman parte del mismo derecho fundamental e, incluso, algunos postulan que el núcleo esencial del mismo es la libertad de enseñanza y que la libertad de elección es un derecho accesorio o accidental[12].

En nuestra opinión, si bien existe un indudable ligamen entre la libertad de enseñanza y la libertad de elección en materia educacional, ambos deben ser considerados como derechos distintos, claramente identificables unos de otros.

En efecto la libertad de enseñanza implica la posibilidad de impartir educación, esto es, de transmitir conocimientos, habilidades, formación a terceros, de enseñar o instruir; en cambio, la libertad de elección da la posibilidad a las personas de elegir quién y cómo les va a enseñar a ellas o a sus hijos.

Más aún, la libertad de elección en materia educacional debemos relacionarla, en primer lugar, con el derecho-deber preferente de los padres de educar a sus hijos y con la obligación que nos impone el Estado de cursar un cierto número mínimo de años en el sistema educativo. Ambas obligaciones están contempladas en el artículo 19 n.° 10 de nuestra Constitución. Por lo tanto, si bien el Estado impone dichas cargas en materia educativa a los padres y las personas, por otro lado, la Constitución les da el derecho de elegir, con ciertos límites, por supuesto, quién y cómo les impartirán la enseñanza que les permitirá cumplir con dichas obligaciones. Es, entonces, la libertad de elección un derecho que permite la existencia de la libertad de enseñanza, y viceversa, pero también que nos permite cumplir con el gravamen educativo que nos impone la Constitución.

La libertad de enseñanza en el constitucionalismo comparado

Habiendo repasado brevemente cómo la tradición constitucional chilena ha entendido la libertad de enseñanza, es importante revisar el tratamiento que a

[12] Romero y Zárate (2013), p. 90.

la misma se le da en el derecho constitucional comparado. Lo anterior para descartar la falsa noción de que la libertad de enseñanza sería algo propio del constitucionalismo chileno, pues su consagración sería casi una rareza en las Constituciones de los diversos países, o que es fruto del neoliberalismo. Muy por el contrario, con diversas fórmulas y matices, la libertad de enseñanza aparece expresamente consagrada en la mayoría de los textos constitucionales de los países democráticos.

Solo a modo de ejemplo, podemos citar en Sudamérica la Constitución colombiana de 1991, la cual consagra en su artículo 27 lo siguiente: "El Estado garantiza las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra". Como si lo anterior no fuese suficiente, la Carta Fundamental de Colombia agrega en su artículo 68 una expresa autorización a los particulares para fundar establecimientos educativos.

Similares normas, consagrando la libertad de enseñanza, encontramos en los textos constitucionales de Argentina y Brasil, por citar solo algunos países sudamericanos[13]. En todos ellos encontramos, además, sistemas de provisión mixta con una importante y vibrante comunidad educativa privada, diversa y pluralista.

En Europa, también encontramos expresa mención a la libertad de enseñanza en las Constituciones de: Bélgica, Holanda, Portugal, España y Alemania, solo por citar algunos ejemplos europeos[14]. Más aún, tanto en Dinamarca como en los Países Bajos, Bélgica y España, los establecimientos educacionales privados con financiamiento cien por ciento estatal, así como privados sin financiamiento del Estado, representan un papel importantísimo en el sistema educativo de dichos países.

En ese sentido, resulta interesante recordar la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos dictada en el llamado caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen, de diciembre de 1976, la cual rechazó la alegación de que el Estado danés coartaba, entre otras, la libertad de los padres de elegir el tipo de educación moral o religiosa de sus hijos en razón de los nuevos planes de educación sexual de los establecimientos públicos, al constatar que el sistema danés contempla un sistema de escuelas públicas fuertemente descentralizadas, dependientes de los respectivos consejos municipales, así como escuelas privadas fuertemente subsidiadas por el Estado y el sistema de *home schooling*. Es decir, la libertad de enseñanza y la provisión mixta de la misma son de la esencia de un país como Dinamarca.

[13] Véase al efecto Centro de Políticas Públicas UC (2021).

[14] *Ibid*.

La libertad de enseñanza en los sistemas internacionales de DDHH

Pero la libertad de enseñanza no solo se encuentra consagrada actualmente en numerosas Constituciones a lo largo de todos los continentes, sino que, también, forma parte del catálogo de derechos fundamentales consagrados en los sistemas y subsistemas internacionales de derechos humanos.

Encontramos, en primer lugar, la libertad de enseñanza consagrada y protegida por el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas, desde sus comienzos en 1948.

Dentro del sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas, su Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, señala expresamente en su artículo 13 n.° 4:

> "Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado".

La Convención de los Derechos del Niño consagra una norma muy similar en su artículo 29.

Por otra parte, la libertad de enseñanza se encuentra también garantizada en el artículo 9 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales o Convención Europea de Derechos Humanos, así como en el artículo 10 del Tratado de Roma.

En el sistema interamericano, la libertad de enseñanza está expresamente protegida en términos muy similares en el artículo 13 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocida como Protocolo de San Salvador.

En consecuencia, la libertad de enseñanza se encuentra expresamente consagrada por el sistema internacional de derechos humanos, y no es legítimo pretender su desconocimiento o vulneración, por parte ni del ordenamiento constitucional ni legal, de ninguno de los países miembros de las Naciones Unidas[15].

[15] Centro de Políticas Públicas UC (2021).

Elementos regulatorios necesarios para una efectiva libertad de enseñanza

¿Es suficiente la consagración de la libertad de enseñanza en los textos de las Constituciones y los tratados internacionales de derechos humanos? La respuesta, lamentable, pero evidentemente, es negativa. Sin duda, es indispensable que esta libertad tenga una expresa mención en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos, pero para que la libertad sea efectiva, es muy importante que la arquitectura regulatoria en materia educacional implemente una serie de medidas indispensables para que exista realmente libertad de enseñanza en el día a día.

¿Cuáles son esos elementos que debemos observar en la legislación y regulación para saber si existe realmente libertad de enseñanza? Para estos efectos seguiremos el análisis propuesto por la ONG Oidel, que sistematiza los siguientes seis criterios:

1) Libertad para crear y administrar establecimientos educacionales privados;
2) Obligación del Estado de financiar establecimientos educacionales privados;
3) Monto del financiamiento estatal en favor de los establecimientos privados;
4) Existencia de libertad de elección;
5) Aceptación del sistema de *Home Schooling* y
6) Autonomía de los establecimientos educacionales[16].

En efecto, por mucho que un texto constitucional consagre en teoría la libertad de enseñanza, ella no existe realmente si la regulación, en la práctica, no permite crear nuevos establecimientos educacionales no estatales, no les entrega financiamiento estatal o el mismo es insuficiente; si los padres o los estudiantes no pueden realmente elegir el establecimiento educacional que ellos quieren, si la posibilidad de hacer *home schooling* está prohibida como ocurre, por ejemplo, en Alemania, o los establecimientos educacionales ven coartada su autonomía de diversas maneras.

Son, en relación con estos aspectos regulatorios, donde actualmente vemos, tanto en Chile como en el mundo, las principales amenazas a la libertad de enseñanza, en efecto constantemente somos testigos de iniciativas legislativas o reglamentarias que directa o indirectamente buscan restringir o derechamente eliminar algunos de los elementos ya señalados que forman parte de los elementos de una real libertad de enseñanza.

[16] *Report 2007/2008 On Freedom of education in the world*, volume I.

La libertad de enseñanza en la propuesta de la Convención Constituyente chilena

A pocas semanas de que termine la votación por parte del pleno de la Convención de las propuestas de las diversas comisiones para completar el texto que será sometido a plebiscito el próximo 4 de septiembre, el panorama respecto de la libertad de enseñanza no es para nada alentador.

En efecto, hasta el momento, en materia educacional lo único que ya ha sido aprobado por el pleno, para formar parte de la propuesta de la nueva Constitución, es la consagración del derecho a la educación. El resto de las materias en materia educacional, incluida la libertad de enseñanza, fueron rechazadas en la votación que tuvo lugar el pasado 19 de abril, y han vuelto a la Comisión de Derechos Humanos a fin de discutir una nueva propuesta para ser presentada ante el pleno dentro de los próximos días.

Sin perjuicio de las adecuaciones y mejoras que esperamos haga la citada comisión, para su aprobación definitiva, la propuesta rechazada hasta el momento por el pleno, si bien considera expresamente la libertad de enseñanza y la libertad de elección en materia educacional, implica un retroceso respecto del estándar que actualmente establece la Constitución de 1980, por diversas razones que explicaremos brevemente a continuación, lo que a todas luces atenta contra el principio de no regresividad en materia de derechos fundamentales.

La primera crítica que puede hacerse a la propuesta rechazada el pasado 19 de abril[17] es más bien de técnica constitucional, puesto que la misma pareciera supeditar, tanto la libertad de enseñanza como la libertad de elección en materia educacional, a meros elementos accidentales del derecho a la educación. Si bien no compartimos esa opción, pues nos parece que debilita los tres derechos fundamentales en materia educativa, en la medida que ellos estén expresamente consagrados en el texto de una eventual nueva Constitución, se puede construir una regulación robusta que efectivamente haga efectivos esos tres derechos, con una adecuada tutela jurisdiccional.

Sin embargo, hay otras críticas a la propuesta rechazada por el pleno que son más relevantes y que esperamos sean corregidas, entre ellas la aparente primacía que se le entrega a la educación estatal por sobre la privada, la ausencia de referencia tanto a la importancia de la diversidad o pluralismo del sistema educativo, así como la aparente ausencia de la posibilidad de entregar financiamiento estatal a proyectos educativos privados.

Por otra parte, la propuesta al recoger expresamente la libertad de cátedra de los educadores, lo que en principio es un avance en la línea correcta,

[17] Véase al efecto el Comisión de Derechos Humanos (2022), pp. 164-167.

acto seguido falla en reconocer dicha libertad también en favor de los sostenedores, lo que podría generar una serie de conflictos entre los profesores y los sostenedores, cuando los primeros, en uso de su libertad de cátedra no estén dispuestos a respetar el proyecto educativo del establecimiento. Este posible conflicto se soluciona fácilmente consagrando la libertad de cátedra también en favor del sostenedor y estableciendo una cláusula de armonización.

Algo similar ocurre en la propuesta rechazada, en relación con la participación de la comunidad educativa, la cual no puede ser vinculante en todos los aspectos del proyecto educativo. Dicha participación debe tener límites acotados y darse también en armonía con el proyecto educativo del sostenedor.

Otras interrogantes que plantea la propuesta de la Comisión rechazada por el pleno es la eliminación del kinder obligatorio, y la expresa eliminación del lucro en todo el sistema educativo.

Esperamos que la nueva propuesta que haga la Comisión de Derechos Fundamentales despeje algunas de estas interrogantes y no implique un retroceso en la protección de la libertad de enseñanza lo que implicaría una vulneración del principio de no regresión que la nueva Constitución quiere incluir expresamente dentro de su texto. Las próximas semanas serán clave para ello, independientemente de lo que termine ocurriendo en el plebiscito de salida el próximo 4 de septiembre.

Perspectivas actuales para la libertad de enseñanza

Pese a su consagración expresa en los textos constitucionales y en los tratados internacionales de derechos humanos, actualmente la libertad de enseñanza está en peligro, y eso debe ser, sin duda, un motivo de alerta, tanto en nuestro país como en el resto de los estados democráticos de derecho.

Los regímenes autoritarios de todas las latitudes y de todos los signos políticos, que lamentablemente han tenido una suerte de renacimiento en las últimas décadas, tienen en la mira el coartar varias libertades y entre ellas la libertad de enseñanza, así, por ejemplo, recientemente el gobierno chino ha decidido prohibir las clases particulares o tutorías fuera del horario escolar.

El régimen de Daniel Ortega, en Nicaragua, a través de la Asamblea Nacional, el pasado mes de febrero, acaba de revocar el reconocimiento oficial a seis universidades privadas, y ha ordenado que pasen a ser propiedad del Consejo Nacional de Universidades, un órgano estatal. Coincidencia o no, la mayoría de los estudiantes que el año 2018 encabezaron las protestas contra

el gobierno de Daniel Ortega, eran estudiantes de estas instituciones ahora ilegalizadas[18].

Incluso, en países con democracias plenas, y sociedades pluralistas, existen sutiles intentos de algunos gobiernos o grupos políticos por reducir el financiamiento estatal a los establecimientos privados, o por aumentar las regulaciones y controles sobre los mismos.

Pareciera haber un retroceso sobre la valoración social respecto de la libertad de enseñanza, y en parte también sobre la libertad de elección en materia educativa, que afecta la confianza sobre la importancia de la diversidad de proyectos educativos, el pluralismo y la libertad.

Estas inquietantes perspectivas deben ser un llamado de atención para profundizar en la naturaleza, importancia y características de la libertad de enseñanza como derecho humano fundamental, sí como en la búsqueda de adecuados medios de defensa de la misma, tanto en el ámbito de textos constitucionales y tratados internacionales, como se acciones tutelares de la misma, a fin de evitar que a través de excesivas regulaciones se termine asfixiando en la práctica la libertad de enseñanza con las nefastas consecuencias que ello implica para la libertad de elección y para un adecuado y sano derecho a la educación.

Conclusión

En conclusión, la libertad de enseñanza como derecho humano fundamental, no solo la encontramos expresamente consagrada en diversos textos constitucionales, tanto en Chile como en: Colombia, Argentina, Brasil, Bélgica, Holanda, España o Alemania, entre otros países, sino que se encuentra, además, establecida como un derecho fundamental en diversos tratados internacional de derechos humanos, tanto en el sistema de las Naciones Unidas como en los diversos subsistemas, entre ellos el europeo y el americano.

Pero la libertad de enseñanza no solo es importante en sí misma como derecho humano, sino que, además, es indispensable para asegurar la posibilidad de ejercer realmente el derecho a la libre elección de los padres en materia educacional, así como para garantizar que exista realmente el derecho a la educación, y que el sistema educativo pueda evolucionar y mejorar continuamente.

Además, la libertad de enseñanza se transforma, también, en el necesario freno y contrapeso para que la educación en general y en especial la estatal, sea efectivamente pluralista y no adoctrinadora, como nos recuerda la Corte Europea de Derecho Humanos, al fallar en el caso Folgero y otros contra Noruega.

[18] Véase al efecto el artículo publicado en el diario *ABC* de España en la edición web del 15 de febrero de 2022. Disponible en www.abc.es

A mayor abundamiento, la existencia de la libertad de enseñanza, junto con la libertad de elección, permiten a las sociedades que protegen adecuadamente estos derechos fundamentales y los armonizan junto con el derecho a la educación, resguardar y fomentar otros derechos humanos tales como: la libertad de conciencia, la libertad de culto, la libertad de expresión, entre otras, generando sociedades libres, plurales y verdaderamente democráticas.

En consecuencia, es importante que no existan retrocesos, ni en Chile ni en el resto de los países democráticos a una real y adecuada protección a la libertad de enseñanza. Nuestro futuro depende de ello.

Bibliografía

Aron, Raymond (2007): "Ensayo sobre las libertades". *Primera edición en Área de Conocimiento: Ciencias Sociales 2007* (Madrid, España).

Atria, Fernando (2013): *Introducción al derecho educacional chileno* (Santiago, Legal Publishing-Thomson Reuters).

Castillo, Luis Fernando (2004): "La dimensión subjetiva o de libertad del derecho a la educación". *Persona y Derecho: Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos*, n.° 50, pp. 221-576.

Cea Egaña, José Luis (2004): *Derecho constitucional chileno*, Tomo ii (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).

Fernández, Alfred (2016): "El blindaje de la democracia. Las Libertades en la educación". *Working Paper* 20, Oidel, 2016. Disponible en www.oidel.org

Romero, Alfredo y Miguel Zárate (2013): *Introducción al derecho educacional chileno*, (Santiago, Legal Publishing-Thomson Reuters).

Otros documentos

Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesión 141, en José Luis Cea Egaña (2004). *Derecho constitucional chileno*, Tomo ii (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).

Centro de Políticas Públicas UC (2021): "Contribuciones a la discusión constitucional: libertad de enseñanza y derecho a la educación". Disponible en www.politicaspublicas.uc.cl/area-de-trabajo/aportes-constituyentes/

Comisión de Derechos Humanos (2022): Primer Informe Bloques Temáticos n.° 3 (ex B2), 4 y ODF (Derechos económicos, sociales, culturales y Otros Derechos Fundamentales) de fecha 8 de abril. Disponible en www.chileconvencion.cl

Report 2007/2008 On Freedom of education in the world, volume i. Disponible en www.oidel.org

LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA EN LA HISTORIA INSTITUCIONAL CHILENA

THE FREEDOM OF EDUCATION IN THE CHILEAN INSTITUTIONAL HISTORY

Eduardo Andrades Rivas[*]
Martín Versluys Rubio[**]

RESUMEN: El artículo estudia la larga tradición en materia de libertad de enseñanza que exhibe la historia institucional y política chilena. Desde antes de la misma República, la libertad de enseñanza ha sido uno de los pilares del sistema educativo nacional. Se examina la libertad de enseñanza en la monarquía hispánica, la república decimonónica, con especial énfasis en las discusiones entre conservadores ultramontanos y liberales, que se plasmaron en la reforma constitucional de 1874. Luego, se revisa el cambio de siglo con los intentos por consagrar un "Estado docente" y la consagración expresa del sistema de libertades que nos rige y los tratados y declaraciones internacionales suscritos por Chile.

PALABRAS CLAVES: Libertad de enseñanza, provisión mixta educación, derecho y deber de los padres, constituciones chilenas .

ABSTRACT: The article studies the long tradition in terms of freedom of education exhibited by Chilean institutional and political history. Since before the republic itself, freedom of education has been one of the pillars of the national educational system. Freedom of education in the Hispanic Monarchy, the nineteenth-century republic, is examined, with special emphasis on the discussions between ultramontane conservatives and liberals, which

[*]Abogado. Doctor en Derecho, UNED, Madrid, España. Profesor titular de Historia del Derecho y Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, correo electrónico: eandrade@udd.cl

[**] Abogado, Universidad del Desarrollo. Profesor asistente de Derecho Civil y Metodología de la Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, correo electrónico: m.versluys@udd.cl

resulted in the constitutional reform of 1874. Then, the turn of the century is reviewed with the attempts to consecrate a "Teaching State" and the express consecration of the system of freedoms that governs us and the international treaties and declarations signed by Chile.

Keywords: Freedom of education, mixed education provision, right and duty of parents, Chilean constitutions.

I. Introducción

La libertad de enseñanza, tema que nos motiva, bien podría habernos llevado a los albores de la universidad a fines del siglo XI, en Bolonia. Es, en efecto, uno de los principios fundamentales que inspiran a la universidad desde sus más remotos inicios.

Y ha acompañado a los pueblos de Occidente, y a los chilenos en particular, por largos siglos. Fue polémico hacia la segunda mitad del siglo XIX, pero los hombres públicos de la época lograron, no sin complejos problemas y tropiezos, llegar a un acuerdo y dar por cerrado el debate en forma definitiva.

Al menos eso creíamos hasta que, en forma gratuita e irresponsable, quien dirigió los destinos de la república entre 2006 y 2010 y luego entre 2014 y 2018, reabrió la polémica y con más virulencia de lo que nunca habrían imaginado Abdón Cifuentes y Diego Barros Arana en el siglo XIX.

En efecto, los acontecimientos políticos ocurridos en nuestro país desde 2006 y, en particular, desde el 18 de octubre de 2019, han repuesto en el debate público un tema clásico de nuestro constitucionalismo, el de la libertad de enseñanza. Dicho tema, que creímos resuelto de forma definitiva a partir de 1874 y que tantas discusiones motivó entre liberales y conservadores en el siglo XIX, resurgió con fuerza a partir de la mal llamada "revolución pingüina" o, más bien, las permanentes manifestaciones callejeras de estudiantes de enseñanza secundaria, liderados por activistas de extrema izquierda, en los inicios del primer gobierno de la presidenta Michelle Bachelet (2006), que se originaron oficialmente en los reclamos por la mala calidad de la enseñanza pública chilena y culminaron en el reemplazo de la Ley Orgánica Constitucional de Educación de 1990 por la Ley General de Educación de 2009, que en lo esencial respetaba el marco de la ley de 1990.

Fue en 2011, durante la vacilante administración de Sebastián Piñera, que las manifestaciones retornaron a las calles exigiendo de nuevo cambios profundos en el sistema educativo y un cambio de "paradigma" en relación con la participación de entes privados o particulares en la provisión de servicios educacionales. Este movimiento, liderado nuevamente por activistas de

izquierda radical, como la presidenta de la FECH, Camila Vallejo Dowling y su sucesor en el cargo, Gabriel Boric Font, volvieron a la carga con el cuestionamiento a la calidad de la educación pública y agregaron su rechazo frontal al "lucro" en la educación, es decir, a la posibilidad de que un ente educativo generara ganancias por la provisión de los servicios otorgados, ganancias que beneficiarían a sus dueños o controladores. Igualmente se exigía terminar con el Crédito con aval del Estado o "CAE", que permitía que estudiantes universitarios pudieran financiar sus estudios con un crédito bancario. Este mecanismo, debe recordarse, fue creación exclusiva de la administración socialista del presidente Ricardo Lagos Escobar.

La administración del presidente Sebastián Piñera optó por incrementar las becas o premios estatales para los estudiantes pertenecientes a los sectores más necesitados[1] y no innovó en las reglas de la enseñanza básica y secundaria respecto de la colaboración del Estado en el financiamiento de la educación, lo que denominamos "educación subvencionada".

Sería la segunda administración de la presidenta Michelle Bachelet la que conduciría a una reforma mucho más radical. El programa de la Presidenta y sus apoyos mayoritarios de izquierda en el Congreso Nacional le permitieron imponer de manera unilateral una reforma a la educación que sometió a los colegios subvencionados a un virtual control monopólico estatal (o los obligó a pasar enteramente al sector privado). Junto con ello generó radicales cambios en los sistemas de selección en los colegios, como la tristemente célebre "tómbola" en la educación primaria y secundaria. En materia universitaria la administración Bachelet impuso un financiamiento gratuito con cargo al presupuesto nacional para el 60 % de los estudiantes más necesitados, según su condición socioeconómica. Todo ello sin atender a los estudios y especialistas que rechazaban los efectos nocivos de una política pública tan regresiva y mal diseñada. Asimismo, se ignoró casi por completo a la educación técnico-profesional. Y, haciendo uso de un resquicio legal, se eliminó el aporte fiscal indirecto para las universidades que no fueran estatales o parte del llamado "Consejo de Rectores", cartel universitario creado en 1954 y destinado casi por entero a generar mayores aportes estatales para sus integrantes[2].

[1] De los escasos estudios con que contamos hasta hoy sobre el resultado del incremento de las becas totales, podemos afirmar que una parte importante, superior al 30 % de las becas ofrecidas no registraron postulantes interesados, lo que pone en serio cuestionamiento el que se requiriesen fondos para otorgar educación universitaria gratuita, política regresiva que ha sido cuestionada y abandonada en gran parte de los países desarrollados económicamente.

[2] Universidades privadas o particulares de sólida reputación y comprobado prestigio educativo fueron privadas de los aportes que les correspondían por los altos puntajes de ingreso

Estas reformas, mal diseñadas y peor implementadas fueron rechazadas por amplios sectores del país, y motivaron el cambio de gobierno con el triunfo de Sebastián Piñera, para un segundo periodo presidencial, que planteaba revisar seriamente todas las reformas impuestas por su antecesora en La Moneda.

Sin embargo, las organizadas manifestaciones y destrucción de bienes públicos llevados a cabo de forma sistemática a partir de la insurrección roja del 18 de octubre de 2019, terminaron con estas reformas antes de que fueran ejecutadas. De hecho, el propio gobierno de Sebastián Piñera abandonó la totalidad de sus iniciativas en materia educativa a partir de ese instante, sumado a la pandemia mundial que azotó al país casi en forma simultánea. Durante los dos últimos años, ya en el origen del mal llamado "Acuerdo por la Paz y la Nueva Constitución", hemos visto cómo se lleva a cabo una nueva etapa en el programa de reformas radicales de la extrema izquierda liderada por el Partido Comunista. Ahora el ataque es en contra de la libertad de enseñanza, derecho humano reconocido por las declaraciones de derechos humanos universales y los tratados suscritos por Chile, pero que ha sido objeto de cuestionamientos en particular virulentos por parte de los líderes políticos de la izquierda y la mayoría de los integrantes de la Convención Constitucional, que siguen alegremente las pautas diseñadas por los sectores más radicalizados de la izquierda intelectual.

En concreto, se rechazan dos aspectos claves de la libertad de enseñanza: En primer lugar, el que los padres tengan la facultad de determinar qué colegio y plan de enseñanza desean para la educación de sus hijos. De lo que deriva, igualmente, su derecho a fundar y crear entidades educativas que brinden a sus hijos la enseñanza que prefieran. Y, en segundo lugar, el que el Estado comparta con instituciones privadas o particulares la provisión de la educación pública.

Los críticos de la libertad de enseñanza apuntan a que es el Estado el que debe proveer dichos servicios educativos, ejerciendo un control monopólico de la educación pública, en lo que no es más que una nueva manifestación de esa lucha decimonónica que fue "el Estado docente".

---

de los estudiantes que matriculaban en ellas, mediante el simple expediente de la supresión de las respectivas partidas presupuestarias del Presupuesto Nacional. Ello significó para varias casas de estudios superiores, la pérdida de miles de millones de pesos, que les correspondían por su alta calidad. La consecuencia obvia fue que dichas universidades determinaron nunca más volver a depender de recursos que proviniesen del Estado, con lo que la segmentación del sistema universitario se reforzó, en vez de disminuir. Hoy por hoy, algunas de estas grandes universitarias otorgan con sus propios recursos numerosas becas completas a sus estudiantes, seleccionándolos solo sobre la base de su excelencia académica. Es una política muchísimo más integradora y que no premia la pobreza, sino el mérito.

Y, conjuntamente, existe un cuestionamiento más profundo y despótico: sostienen que los padres no son los más aptos para determinar qué educación ha de darse a sus hijos, sino que el Estado debe reemplazarlos, cuando los padres tengan preferencias que resulten incompatibles con las ideas que impulsan las izquierdas radicales. Es la nueva versión de la "Escuela Nacional Unificada" de los tiempos de Salvador Allende, y su propósito de "construir al hombre nuevo socialista". En razón de ello instituciones que, por centurias, han protagonizado la educación pública, como la Iglesia católica, sus congregaciones, las iglesias cristianas protestantes, los colegios fundados por colectividades de extranjeros e hijos de extranjeros radicados en Chile tendrían que ser absorbidas por el Estado y su Ministerio de Educación, convertido en un ente monopólico.

Pero estos propósitos olvidan que la historia de nuestro país en estas materias es muy distinta. Desde antes de la fundación de la República y hasta hoy, si existe un derecho fundamental que tenga una dilatada evolución y acogida en el ordenamiento jurídico chileno, es precisamente la libertad de enseñanza.

II. La Libertad de enseñanza en la monarquía indiana

Para muchos podría resultar curioso remontarnos a un tiempo anterior al constitucionalismo clásico de cuño estadounidense, pero lo cierto es que, mucho antes de la Revolución americana, ya existía en el continente hispanoamericano una dilatada tradición educativa en la que tanto el poder estatal, personificado en la corona hispánica y en sus autoridades delegadas como en las fuerzas vivas de la sociedad indiana, especialmente la Iglesia católica y sus congregaciones, más los particulares, colaboraban creando instituciones educativas que componían el sistema de educación pública[3].

En los tiempos de la monarquía hispánica se fundaron cientos de colegios, escuelas y centros de estudios universitario a lo largo de todo el continente americano. Muchos particulares colaboraban en esta tarea educativa, que la Corona consideraba vital para dar forma a la sociedad indiana, una sociedad heredera de la educación cristiana, que se remontaba a los tiempos de la conversión de Roma.

Los resultados fueron verdaderamente significativos. Como consecuencia de este esfuerzo compartido se fundaron más de treinta universidades en

[3] Véase Andrades (2018), pp. 283-308.

todo el continente hispanoamericano, la gran mayoría de ellas anteriores a Harvard y Yale en la América anglosajona.

En efecto, como podemos comprobar al examinar la legislación indiana, la corona hispánica impulsó una vasta normativa que perseguía difundir la cultura a todos los rincones del continente[4]. Especial atención se puso en la fundación de colegios destinados a enseñar en ellos a los hijos de los indígenas, como fue el caso, en Chile, del famoso colegio franciscano de Propaganda Fide de Chillán, que sirvió de *alma mater* de los hijos de los caciques de Arauco y del joven Bernardo Riquelme, el hijo natural del virrey Ambrosio O'Higgins y futuro líder secesionista.

Debe recalcarse que estas fundaciones eran patrocinadas por la propia Corona, siendo la educación impartida, en la gran mayoría de los establecimientos, totalmente gratuita.

Bien sostuvo Charles Lummis, en su clásico libro sobre los exploradores españoles del siglo XVI, en el que reivindica la acción civilizadora de la monarquía hispánica:

> "No solamente fueron los españoles los primeros conquistadores del Nuevo Mundo, y sus primeros colonizadores, sino también sus primeros civilizadores. Ellos construyeron las primeras ciudades, abrieron las primeras iglesias, escuelas y universidades; montaron las primeras imprentas y publicaron los primeros libros; escribieron los primeros diccionarios, historias y geografías, y trajeron los primeros misioneros; y antes de que en Nueva Inglaterra hubiese un verdadero periódico, ya ellos habían hecho un ensayo en México ¡y en el siglo XVII!"[5].

[4] De hecho, desde la fundación de Santiago de Chile, se crearon escuelas primarias para educar a los niños. La primera escuela de gramática latina, filosofía y retórica fue abierta en 1578 al amparo de la catedral por el padre Juan Blas. Y solo la precariedad de la Real Hacienda impidió fundar una universidad en el siglo XVI, pues en 1567 el obispo de Santiago, monseñor Juan Pérez de Espinoza y fray Antonio de San Miguel, ordinario de la diócesis de Imperial-Concepción, la habían solicitado. Ella se fundó finalmente en el siglo XVIII cuando las penurias económicas derivadas de la guerra de Arauco disminuyeron. Véase EYZAGUIRRE (1988), p. 39 s.

[5] Prosigue en un párrafo que ha sido reproducido en numerosas obras posteriores: "Una de las cosas más asombrosas de los exploradores españoles –casi tan notable como la misma exploración– es el espíritu humanitario y progresivo que desde el principio hasta el fin caracterizó sus instituciones. Algunas historias que han perdurado pintan a esa heroica nación como cruel para los indios; pero la verdad es que la conducta de España en este particular debiera avergonzarnos. La legislación española referente a los indios de todas partes era incomparablemente más extensa, más comprensiva, más sistemática, y más humanitaria que la de la Gran Bretaña, la de las colonias y la de los Estados Unidos todas juntas. Aquellos primeros maestros enseñaron la lengua española y la religión cristiana a mil indígenas por cada uno de los que nosotros aleccionábamos en idioma y religión. Ha habido en América escuelas españolas para indios desde el año 1524. Allá por 1575 –casi un siglo antes de que hubiese una imprenta en la

En el reino de Chile, con sus tremendas limitaciones humanas y económicas se crearon tres universidades sucesivamente. Acabamos de decir que la Iglesia fue una activa colaboradora de la Corona en esta tarea. Las órdenes religiosas fueron de primera importancia para mantener escuelas y colegios donde educar a la población. Y las universidades que llegaron a existir en el reino fueron o fundaciones de las órdenes religiosas, como la Universidad Conventual de Santo Domingo, la pencopolitana o apoyadas por la Iglesia como la Real Universidad de San Felipe[6], en la cual la gran mayoría de sus profesores era miembro de alguna de las órdenes religiosas presentes en el país. Especial mención merece la Compañía de Jesús, que al momento de su expulsión regentaba más de doscientos colegios y cuyos más destacados miembros figuraban entre los principales académicos de la universidad.

Las escuelas públicas, necesariamente limitadas por la carencia de profesores capacitados, se destinaron a la educación de toda la población, incluyendo como hemos indicado, en forma muy significativa, a los indígenas. Fruto de este interés son las gramáticas de lenguas aborígenes que se editaron mucho antes de varias naciones europeas. En 1942 Elio Antonio de Nebrija editó la primera gramática española, dedicada a Su Majestad la reina Isabel la Católica. Tan solo décadas después, en 1560, se editó la primera gramática quechua y en 1571 se publica la primera gramática nahuatl[7].

La labor del clero católico resultó de una importancia capital. Estudios especializados de lengua latina, colegios con rango de universidad pontificia y la academia de filosofía, que dirigía el abogado fidelista y conocido cronista, Manuel Antonio Talavera. Al finalizar la monarquía hispánica, solo en Santiago existían "56 escuelas y colegios y 29 establecimientos de estudios superiores[8]". Todo ello apoyado por una creciente cantidad de literatura que estaba a disposición de la población en forma gratuita.

Con razón ha concluido el profesor de la Universidad de Michigan, Irving Leonard:

América inglesa– se habían impreso en la ciudad de México muchos libros en doce diferentes dialectos indios, siendo así que en nuestra historia solo podemos presentar la Biblia india de John Eliot; y tres universidades españolas tenían casi un siglo de existencia cuando se fundó la de Harvard. Sorprende por el número la proporción de hombres educados en colegios que había entre los exploradores; la inteligencia y el heroísmo corrían parejas en los comienzos de la colonización del Nuevo Mundo". Véase Lummis (2017), p. 22 s.

[6] Véase Guarda (2005), p. 230.

[7] La primera gramática alemana fue posterior, editada en 1573, y la primera gramática inglesa de 1586.

[8] Véase Guarda (2005), p. 229.

> "Las comparaciones son, a menudo, odiosas; pero la gran cantidad de novelas y lectura amena que en el siglo XVI estuvo a disposición de los lectores en las colonias españolas de América, nos ofrece un contraste con lo que nos ha sido revelado hasta ahora sobre materia de lecturas disponible en las colonias de Norteamérica de un siglo más tarde"[9].

Estos esfuerzos mancomunados produjeron un sistema educativo mixto, que ha sido siempre el modelo aplicado en Chile. El Estado, cuyos recursos son limitados, colabora e invita a colaborar con él en la educación pública a diversas instituciones presentes en la sociedad, la Iglesia, las congregaciones religiosas y los particulares. Y este esquema es el que hemos tenido siempre presente en nuestra larga tradición de casi quinientos años.

III. La libertad de enseñanza en la República portaliana

La educación pública fue una de las grandes metas que se trazaron los hombres de Estado chilenos desde los albores de la República. El estado casi universal del analfabetismo en que se encontraba la población chilena, aun la que contaba con medios materiales para procurarse una mejor educación, hacía imprescindible diseñar y ejecutar una "política pública" de largo aliento, destinada a llevar la educación a la gran masa de los chilenos del siglo XIX.

Desde algunos tímidos e incipientes intentos durante el gobierno de Bernardo O'Higgins y los del periodo de ensayos constitucionales que le siguieron, el Estado procuró llevar adelante esta magna tarea con resultados diversos. Las autoridades nacionales invitaron y contrataron a sabios e intelectuales extranjeros para que vinieran a Chile a sentar las bases de un sistema educativo propiamente chileno. Nombres como los de Andrés Antonio de Gorbea, José Joaquín de Mora, Claudio Gay, Ignacio Domeyko, Rodulfo Amando Philippi y su hermano Bernardo, Guillermo Blest, Alessandro Cicarelli y el más conocido de todos, Andrés Bello López, llegaron a Chile, fundaron familias y se dedicaron a hacer ciencia, enseñar y a construir una sociabilidad intelectual que antes era solo un deseo lejano.

El genio político de Diego Portales protegió a muchos de ellos y los puso en situación de utilizar al máximo sus capacidades intelectuales al servicio de la República de Chile, de la que se convirtieron en hijos adoptivos. El caso de Andrés Bello es paradigmático, pues sin la protección y guía efectiva de Diego Portales, tal vez nunca habría podido llegar a las cumbres de la productividad intelectual que logró.

[9] Véase Eyzaguirre (1957), p. 71.

Los gobiernos portalianos (1831-1871) y todos los que les siguieron se propusieron hacer de la educación pública uno de los pilares de la nueva república. El sistema educativo se convirtió en un símbolo de legitimación del nuevo orden político ante una población que no conocía de ideas políticas más que las propias de la vieja monarquía. Pero la gran tarea se cumplió. Tuvieron que transcurrir décadas, pero el propósito esbozado por Diego Portales, de sacar a la población de la ignorancia, se llevó a la práctica.

Ahora bien, los medios con los que el estado republicano contaba para esta labor eran muy escasos y restringidos. Era completamente imposible llevar adelante la misión de construir un sistema educativo solo con las fuerzas humanas y materiales del Estado. Por ello, desde sus inicios, en un reconocimiento concreto de la libertad de enseñanza, el Estado convocó a las fuerzas vivas de la sociedad para que colaboraran con él en la noble misión de educar a los chilenos. Y fueron muchos los que respondieron de forma afirmativa. En primer lugar, la Iglesia católica, la antigua institución que ya había dado forma al sistema educativo durante la monarquía hispánica, ofreció nuevamente sus esfuerzos y medios humanos para colaborar en la construcción de la educación pública. Fueron innumerables las fundaciones de colegios y escuelas que recibieron el patrocinio y aun el auspicio de los obispos católicos.

Pero, donde más se puede notar el éxito de la colaboración de la Iglesia en la educación pública es en la plétora de fundaciones de colegios por parte de las congregaciones religiosas que se consagraron por entero a dicha tarea.

La primera fundación correspondió a los franciscanos, los grandes evangelizadores de los tiempos monárquicos, que refundaron el Colegio de San Buenaventura de Chillán en la década de 1830.

La segunda, al célebre colegio de los Sagrados Corazones de Valparaíso en 1837. Luego, los esfuerzos de esta congregación, fundada para dar educación a los hijos de la nobleza perseguida por la revolución de Francia, se extendieron por las principales ciudades del país.

Cuando se restableció la Compañía de Jesús en Chile, una de sus primeras iniciativas se concretó en la creación del colegio de San Ignacio de Alonso de Ovalle en Santiago, en 1856. Los religiosos jesuitas recibieron el decisivo apoyo del arzobispo de Santiago, Rafael Valentín Valdivieso. Al igual que con los SS.CC. los jesuitas extendieron sus fundaciones educacionales a lo largo de todo el país.

Y son solo ejemplos de una labor incansable que se prolonga hasta nuestros días.

Los inmigrantes que no eran católicos, llamados disidentes en Chile, lograron la autorización de los respectivos gobiernos para crear colegios en los que educar a sus hijos. Surgieron así los colegios de filiación británica en

el país. Pero las mayores iniciativas al respecto provendrían de los inmigrantes alemanes en el periodo que examinaremos a continuación.

¿Y qué decir de los particulares? Lejos de permanecer ajenos a la labor educativa fueron entusiastas fundadores de escuelas y colegios privados que se repartieron por todo el país. Esta educación privada "pagada" por los padres, constituye hasta hoy, pese a su reducida participación porcentual dentro del total de la oferta educativa chilena, el núcleo fundamental en el que se forma y educa la élite intelectual del país.

Correspondería preguntarse si el Estado hizo intentos por monopolizar todas estas iniciativas, pero la respuesta es evidente, no hubo ninguna posibilidad de plantearse tal objetivo, pues los medios de que la república disponían lo hacían del todo inviable.

Los únicos mecanismos de control estatal fueron los exámenes que el Instituto Nacional tomaba a los alumnos de los colegios privados, con una muy limitada eficacia.

La verdad es que el control estatal solo puede apreciarse en el ámbito universitario.

En 1842 se fundaba la Universidad de Chile, como nueva fundación republicana tras el cierre de la Universidad de San Felipe. En el discurso inaugural, su primer rector, Andrés Bello, señalaría las bases sobre las que se desarrollaría la actividad universitaria en el país. En sus inicios la universidad no era un centro docente, estando la actividad lectiva confiada a los colegios secundarios liderados por el Instituto Nacional. La universidad funcionaba más bien como una superintendencia superior universitaria[10] y academia oficial integrada por catedráticos que eran los grandes intelectuales del país. Recién en la década de 1870 se transformó en institución docente propiamente tal. La única limitación oficial y efectiva fue la que estableció la ley de creación de la Universidad de Chile; solo otorgaría los grados académicos de bachiller y licenciado, descartando los estudios doctorales por mandato legal. Esta curiosa decisión resultó en un lastre que durante largos decenios aquejó al sistema universitario nacional[11].

Mención especial debemos hacer a lo ocurrido en 1865. Ese año se dictó, contraviniendo el texto y propósito expreso de la Constitución de 1833, la ley interpretativa del artículo 5.° de la carta política.

En la práctica, implicaba una verdadera reforma constitucional, pero oficialmente no fue sino una ley interpretativa dictada el 27 de julio de 1865.

[10] Véase Silva (2008), p. 269.

[11] Fue motivo de una de las primeras polémicas que aquejaron a la Universidad en Chile, mientras que su impulsor, Andrés Bello, defendía esta medida restrictiva, el gran intelectual y científico polaco, Ignacio Domeyko la criticaba. La universidad republicana había nacido "docta", pero sin doctorados, toda una ironía.

Mediante este expediente pretendía (y se logró) resolver el problema religioso planteado por la masiva inmigración alemana protestante en el sur de Chile, que precisaba de una respuesta por parte del Estado. Algunos plantearon que se debía derogar el artículo 5.° estableciendo la libertad de culto. Sin embargo, el país no estaba maduro para tal medida todavía. Así, se optó por dictar una simple ley interpretativa que vendría a resolver el problema[12]:

> Ley Interpretativa de 1865:
> Artículo primero. Se declara que por el artículo 5° (4°) de la Constitución se permite a los que no profesan la religión Católica, Apostólica, Romana, el culto que practiquen dentro del recinto de edificios de propiedad particular.
> Art. 2°. Es permitido a los disidentes fundar y sostener escuelas privadas para la enseñanza de sus propios hijos en las doctrinas de sus religiones.

En síntesis, durante este periodo fundacional de la república, la libertad de enseñanza se expresó con fuerza tanto en la provisión mixta de los servicios educativos como en la multiplicidad de modelos ofrecidos a la población para la formación intelectual de sus hijos, con un control estatal discreto y ajustado a los mínimos necesarios para garantizar la calidad de la educación ofrecida.

IV. La libertad de enseñanza durante la república liberal, la polémica entre conservadores y liberales y la reforma constitucional de 1874

Durante el periodo denominado República Liberal o régimen presidencial de partido (1871-1891), se producen grandes transformaciones en el régimen político y constitucional de la joven república.

Las sucesivas luchas políticas entre conservadores y liberales se tradujeron en la gran reforma constitucional de 13 de agosto de 1874, durante la presidencia de Federico Errázuriz Zañartu, el primer Presidente liberal. En virtud

[12] Esta ley es un muy típico ejemplo de la práctica nacional de modificar las instituciones mediante expedientes no siempre constitucionales. El tenor del artículo 5.° era clarísimo y no dejaba espacio para una "interpretación" tan alejada de la voluntad de los constituyentes de 1833. Tal ley no habría resistido el análisis por parte de un tribunal constitucional moderno. El Chile de Diego Portales y Juan Egaña era católico en una abrumadora mayoría y jamás se pensó en permitir otros cultos. No obstante, en 1865 las condiciones eran muy diversas debido a la masiva inmigración europea en el sur. Lo correcto, sin embargo, habría sido modificar la Carta con el objetivo de incorporar las normas indicadas sobre tolerancia religiosa, antes que modificarla mediante el expediente impropio de una ley interpretativa.

de la reforma los, anteriormente, omnímodos poderes presidenciales, eran recortados en favor del poder del Congreso. Pero junto con este desafortunado cambio del régimen político, que tantos dolores traería a la república, se incorporaron en el catálogo de derechos la libertad de asociación y la de enseñanza.

Podríamos pensar que la libertad de asociación escapa al objetivo de nuestro examen, pero ello no considera las circunstancias político-sociales de la época. Uno de los grandes debates de dicho tiempo era la posibilidad de que los católicos organizaran nuevas instituciones sociales que, sin identificarse de modo directo con la Iglesia católica, la defendieran en la práctica y aumentaran su influencia social. Concretamente se pensaba en la creación de asociaciones católicas de beneficencia, nuevos colegios católicos, incluso en una universidad, como efectivamente ocurriría.

Los liberales, ahora en el gobierno, se veían atrapados entre su discurso oficial de ser promotores de las libertades públicas sin limitación y su deseo de expulsar a la Iglesia de la influencia social de que había disfrutado hasta el momento. El que la república hubiese nacido católica les exasperaba, pero si se negaban a reconocer la libertad de asociación traicionarían miserablemente su ideario político, que tanto significaba para ellos. Por lo que se produjo una irónica confrontación entre los conservadores ultramontanos, que luchaban por la asociación libre y los liberales, presos de sus contradicciones. Curiosa postura para quienes se decían defensores de las libertades públicas.

En resumen, se consagró el derecho de asociarse sin permiso previo, pero no sin acres debates en el Congreso. Los conservadores, liderados por Abdón Cifuentes defendían la libertad amplia sin más cortapisas que las naturales. Como acabamos de indicar, lo que deseaban era proporcionar a la Iglesia la más completa libertad para regir su organización permanente, para crear nuevas instituciones católicas y para las nuevas órdenes que se asentarían en el país. Mientras los liberales, bajo la conducción de Miguel Luis Amunátegui, asumieron la complicada tarea de enfrentar la posición "liberal" de los conservadores. Reconocían que la libertad de asociación era natural y propia de todos los hombres, pero en la organización jurídica de las mismas debían primar las leyes civiles. Ese fue, finalmente, el acuerdo acogido en la reforma constitucional. Se reconoció de manera amplia la libertad de asociación, pero se entendió por todos que para que las asociaciones pudieran actuar en la vida jurídica sería necesario que se constituyeran conforme a la ley. Ciertamente, el Estado claudicó en su intento de control por medio de este mecanismo y, en definitiva, las nuevas asociaciones pudieron constituirse según la ley común y el derecho civil sin grandes cortapisas.

En íntima relación con la libertad de asociación se encontraba la libertad de enseñanza, que también se incorporó en el nuevo articulado constitu-

cional. Este derecho resultaba de natural adopción al haberse dictado la ley interpretativa de 1865, que hacía posible la fundación y establecimiento de escuelas y colegios por parte de los disidentes. Asimismo, la Iglesia católica podría fundar y sostener los nuevos colegios congregacionales que estimase conveniente. Esta era una victoria de los conservadores y los partidarios de la libertad por sobre los liberales, paradojalmente defensores del llamado "Estado docente". Como consecuencia, surgirían en Chile numerosísimos colegios con modelos educativos muy diversos que hicieron del sistema educativo chileno uno de los más pluralistas del continente. Colegios religiosos católicos, británicos, liceos alemanes, etc., fueron expresión de la riqueza y vitalidad de la sociedad chilena interesada en asegurar la enseñanza a la mayor cantidad de niños que fuera posible en Chile y en las más variadas versiones de modelos educativos diversos y pluralistas.

Fruto de esta libertad fue la creación, en 1888, de la Universidad Católica de Santiago, que con el tiempo se convertiría en la Pontificia Universidad Católica de Chile[13] y en 1894 del Curso de Derecho de los Sagrados Corazones de Valparaíso, que más adelante se convertiría en el germen de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso[14].

V. El siglo XX, la Constitución de 1925 el Estado docente y la libertad de enseñanza plena

El advenimiento de la Constitución de 1925, como obra del primer gobierno del presidente Arturo Alessandri Palma renovó la consagración de la libertad de enseñanza en términos similares a los que hemos indicado para la reforma de 1874, pero agregó que la educación pública sería una atención preferente del Estado, que la educación primaria sería obligatoria y que existiría una superintendencia de educación pública, encargada de la inspección y dirección de la educación, bajo el gobierno[15].

[13] Véase Pontifica Universidad Católica de Chile.

[14] Véase Pontifica Universidad Católica de Valparaíso.

[15] Véase Constitución de 1925, texto original: "Art. 10,- La Constitución asegura a todos los habitantes de la República: N° 7° La libertad de enseñanza.

La educación pública es una atención preferente del Estado.

La educación primaria es obligatoria.

Habrá una Superintendencia de educación pública, a cuyo cargo estará la inspección de la enseñanza nacional y su dirección, bajo la autoridad del Gobierno". Véase Valencias (1986), p. 216.

Las disposiciones que ampliaron los poderes estatales en la materia permitieron que sucesivos gobiernos, especialmente los del llamado periodo radical (1938-1952) incrementar la presencia y control del Estado, sobre la enseñanza particular, tanto en el ámbito escolar como superior. Como consecuencia, los colegios privados y las universidades particulares se sometieron al control de los liceos públicos y de la Universidad de Chile. Control que poco a poco se fue volviendo inútil y crecientemente odioso, en la medida que la educación privada en Chile se transformó en la de más calidad y excelencia. Solo en 1977 desaparecerían los últimos vestigios de dicha tutela y los colegios y universidades adquirirían su plena autonomía.

El siglo XX en Chile fue un periodo complejo, de muchos cambios y de pugnas ideológicas en el ámbito mundial que influirían en el desarrollo de la sociedad. El derecho a la educación y la libertad de enseñanza, que ya se había consagrado constitucionalmente no estuvo ajeno a dichas pugnas.

Como hemos dicho, la Constitución de 1925 consagró expresamente la libertad de enseñanza en su artículo 10 n.º 7, y su novedad fue el deber del Estado de supervigilar, inspeccionar y dirigir la enseñanza nacional, con la Constitución de 1925 se estableció como una potestad constitucional.

Con esto queda de manifiesto que para los gobernantes de la época y para los encargados de la redacción del texto constitucional, la libertad de enseñanza, sin perjuicio de ser un derecho a proteger, debía tener una supervigilancia.

El artículo recién mencionado indicaba que la potestad de inspeccionar y dirigir la enseñanza nacional estaba a cargo de la Superintendencia de Educación Pública.

Luego,se dictó el DFL n.º 5291 en virtud del cual se fijó como obligatoria la educación primaria, y el encargo constitucional de fiscalizar a los establecimientos de educación primaria quedó a cargo de la Dirección General de Educación Primaria, y la potestad de dirigirla, quedó en manos del Consejo de Educación Primaria. Poco duró este régimen, hasta que finalmente en 1927 se dicta la Ley General de Ministerios, y fijó la potestad de fiscalizar y dirigir la educación pública en el Ministerio de Educación.

Con todo, la educación se fue haciendo cada vez más expansiva, de la mano del Partido Radical que llegaba al gobierno. El presidente Pedro Aguirre Cerda funda, incluso, su campaña para llegar al poder el año 1938 bajo el lema "gobernar es educar", dejando de manifiesto la importancia que tenía la educación en la primera mitad del siglo XX y cómo era un tema de primordial importancia para los chilenos.

Se intensificó el apoyo de los particulares en el ofrecimiento de planes educacionales por medio del plan de expandir la educación subvencionada. Al respecto es necesario mencionar la obra de Gabriel González Videla, quien

en el año 1951 dictó la Ley 9864, conocida como Ley Especial de Subvención[16]. Con esto se intensifica el apoyo de los particulares, en la expansión de la educación y haciendo que llegase cada vez a más niños a lo largo de todo el país.

Hasta la década de 1960, no había mayores disputas en cuanto a la libertad de enseñanza y a la posibilidad de los particulares de poder iniciar sus propios proyectos educacionales en virtud de los cuales, cumpliendo con los estándares mínimos establecidos por el Estado de Chile a través del Ministerio de Educación, podían ofrecer e impartir a su alumnado los proyectos que más se adecuaran a los valores y principios que dichos establecimientos inculcaban, y que eran elegidos libremente por los padres que decidían matricular a sus hijos en tales centros educativos. Así, podemos señalar que los colegios de las llamadas colonias[17] tomaron cada vez papeles más protagónicos a lo largo de Chile, los colegios de la Iglesia católica de igual manera se fueron ampliando y, en genera,l la educación privada fue creciendo y de esa manera ayudando al Estado en la formación de jóvenes, de manera muy positiva y efectiva.

Sin perjuicio de lo anterior, en la misma época, el país se vio cada vez más influenciado por los conflictos ideológicos a los cuales se enfrentaba el mundo. Por un lado, se encontraban los países occidentales, encabezados por Estados Unidos y que ofrecían la libertad como alternativa y, por otro, se encontraban los países comunistas o encaminados al comunismo, encabezados en esa época por la URSS.

A estos conflictos, además, se suman los problemas internos que enfrentaba el país y específicamente la crisis universitaria que se vivió en las principales universidades del país, incluyendo a las universidades Católica de Santiago, de Valparaíso y la de Concepción[18].

Bajo ese paradigma, Chile vive la elección de 1970, respecto a la cual hay que recordar que el sistema eleccionario que contemplaba la Constitución de 1925 establecía que quien ganase la elección, si no existía mayoría absoluta de sufragios, debía ser ratificado por el Congreso Nacional para ser nombrado Presidente de la República. El candidato que obtuvo dicha mayoría fue el marxista Salvador Allende Goosens, representante de la Unidad Popular, conformada por partidos políticos cercanos a la URSS, Cuba y, en general, acogía el socialismo como la vía a la cual debía transitar Chile.

[16] Esta ley complementa la Ley de Educación Primaria, D.L. n.º 5291 de 1929, que establece las primeras normas sobre subvención.

[17] Comunidades de extranjeros residentes en Chile y descendientes chilenos de los mismos.

[18] Véase Silva (2008), pp. 152-162.

Por la amenaza para la democracia que significaba que Salvador Allende llegara al poder, sumado a la crisis universitaria que se vivía y al no tener la Unidad Popular la mayoría necesaria en el Congreso Nacional para ser ratificado, el candidato marxista negoció con el Partido Demócrata Cristiano los votos que necesitaba para llegar al poder. Esta negociación se tradujo en un documento que debía firmar el candidato Salvador Allende, denominado "Pacto de Garantías Constitucionales" o "Pacto de Garantías Democráticas", y en el cual se contenía una serie de acuerdos que Salvador Allende se comprometía a cumplir durante su mandato y que buscaban resguardar la democracia y no someter al país a la privación de libertades propias de los países influenciados durante la Guerra Fría por el comunismo y socialismo soviéticos. La oposición, encabezada por el Partido Nacional, denunció este pacto sosteniendo, acertadamente, que sería un mero "dique de papel" frente al proyecto político totalitario de la Unidad Popular.

El pacto se firmó, y Salvador Allende llegó al poder el 4 de noviembre de 1970. En lo que a libertad de enseñanza se refiere, dentro del Pacto de Garantías Democráticas, el Partido Demócrata Cristiano le impuso reforzar la libertad de enseñanza y en prometer no inmiscuirse en dicho derecho humano protegido por el Pacto de las Naciones Unidas.

Para materializar lo acordado, se modificó, en virtud de la Ley 17398 de 1971, el artículo 10 n.º 7 del texto constitucional vigente haciéndolo muchísimo más extenso y detallando respecto a lo que se debía entender por libertad de enseñanza[19], dejando a este derecho, en el papel, mucho más protegido, una protección que algunos, incluso, podrían tachar de exagerada, pero que era muy importante para una época en la cual ya se comenzaba a apreciar a Salvador Allende como una amenaza para la democracia, y proteger la libertad de enseñanza era esencial para poder defenderla.

Con todo, poco después de firmarse el pacto, el presidente Salvador Allende reconocería a un famoso escritor marxista, el francés Régis Debray[20], que la celebración de dicho pacto debía ser considerado como una *necesidad táctica*, y que la Unidad Popular, no obstante haber firmado el Pacto de Garantías Democráticas, no cedía *una línea de –nuestro– programa de gobierno*. Asimismo, le reconocía que la única finalidad, al firmar con la Democracia Cristiana, era llegar al poder. Él sabía que no tenía intenciones de respetar dicho pacto, como no lo hizo en la práctica, utilizando el mecanismo de los decretos supremos para saltarse al Congreso Nacional en la aprobación de leyes que no contaban con la mayoría necesaria del órgano legislativo.

[19] Silva (2008), p. 163.
[20] Véase *El Siglo* (2019).

Lo anterior se tradujo en que poco después de asumir, se promovió desde el Ejecutivo, el proyecto de ley que establecía la Escuela Nacional Unificada, modelo que proponía destruir la libertad de enseñanza en nuestro país, proponiendo parámetros que deberían seguir los establecimientos educacionales en miras a lograr "la construcción de una sociedad socialista humanista" "por las masas y para las masas" y que era la "única respuesta viable a los requerimientos de una sociedad en tránsito revolucionario"[21]. Si revisamos más en detalle la propuesta del Ejecutivo podrá notar que con esto, Salvador Allende proponía terminar de forma definitiva con la libertad de enseñanza en Chile, transformando la educación en una fuente, muy poderosa, de adoctrinamiento político. La Escuela Nacional Unificada fue criticada por todos los sectores políticos, que dejaron en evidencia la inconstitucionalidad de la propuesta, por contradecir lo que la propia reforma constitucional de la Unidad Popular estableció en el artículo 10 n.º 7 de la Constitución de 1925.

Finalmente, la propuesta no prosperó, pues, incluso la jerarquía de la Iglesia católica, dirigida por el cardenal Raúl Silva Henríquez, quien era proclive a la UP, rechazó el proyecto de Salvador Allende.

VI. La Constitución de la libertad, bases fundamentales del sistema educacional vigente

Tras el 11 de septiembre de 1973, que marcó el fin de la experiencia totalitaria en Chile, la Junta de Gobierno comenzó a preparar una propuesta de nueva Constitución que daría lugar al texto constitucional de 1980. En dicho texto hubo un amplio debate, demorando un total de cinco años en los cuales la comisión Ortuzar discutió cada uno de los preceptos que se debían incluir en la Constitución, para evitar las crisis institucionales y democráticas que arrojó la Constitución de 1925.

Respecto de la libertad de enseñanza, esta fue debatida en diversas sesiones durante el año 1975 en las cuales se formó un amplio debate para que este derecho, tan primordial para el desarrollo de cada individuo miembro de la sociedad chilena, quedara protegido de la mejor forma. Es importante indicar lo amplio del debate en cuanto a la forma en que debía consagrarse este derecho fundamental, en el cual participaron entre otras personas, la Federación de Padres y Apoderados, el presidente del Colegio de Profesores de Chile, la Asociación Nacional de Padres y Apoderados de Liceos Fiscales, entre otros[22].

[21] Véase Silva (2008), p. 167.

[22] Evans de la Cuadra (1986), p. 240.

En definitiva, el derecho a la libertad de enseñanza quedó protegido en el artículo 19 n.º 11 del texto constitucional. No exento de críticas por la forma en que comienza este numerando, en que no se establece, como si se establecía en la Constitución de 1925, "Derecho a la Libertad de Enseñanza", sino que, haciendo referencia al primer inciso del artículo 19, indica n.º 11 "La libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales [...]".

Dentro de este derecho se pueden reconocer distintas expresiones de la libertad de enseñanza. Indicamos, además, que la libertad de enseñanza es la garante de contar en el país con recintos educacionales muy diversos entre sí, pero que cumplen un papel fundamental en la sociedad al educar, dentro de un marco normativo, diversos tipos de sociedad en virtud de los requerimientos, creencias o culturas de cada familia y persona. Al respecto mencionamos la sentencia del Tribunal Constitucional que indicó:

> "[...] Vigésimo octavo: la libertad de enseñanza constituye ni más ni menos que uno de los fundamentos esenciales de la autonomía que singulariza las universidades, cualquiera que sea su naturaleza"[23].

Lo que el Tribunal Constitucional indica para las universidades, podemos entenderlo ampliamente, respecto de institutos, colegios, etc., en los que encontramos algunos establecimientos ligados a la Iglesia, como son sus colegios y universidades, entre las que cabe destacar a la Pontificia Universidad Católica de Chile y a la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Como corolario de la posibilidad que tenía la Convención Constitucional en profundizar y perfeccionar el buen artículo que comprende hoy, nuestra actual Constitución, se puede indicar que, en la Constitución de 1980, lo que se le podría criticar es que faltó una mención especial de la manifestación de la libertad de enseñanza, desde el punto de vista del profesor, respecto a la libertad de cátedra, siempre que no vulnere el derecho de los alumnos a no ser adoctrinados. Sin perjuicio de no estar establecido expresamente en el texto constitucional, nunca ha sido cuestionado, pero que hubiese sido una buena oportunidad incluirla en la propuesta de nueva Constitución a cargo de la Convención Constitucional.

> "Es importante destacar que nuestro país ha suscrito diversos instrumentos internacionales dentro de los cuales se contempla la liberta de enseñanza. En la mayoría de estos instrumentos se enfatiza el deber preferente de los padres a elegir la educación para sus hijos, siendo muy importante que exista la disponibilidad de escuelas diferentes a las pú-

[23] Tribunal Constitucional (2006).

blicas; así también el poder educarlos con los principios morales y religiosos que estimen adecuados"[24].

Entre los instrumentos que contemplan la protección a la libertad de enseñanza, que han sido suscritos y ratificados por Chile, podemos mencionar a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones de la Esfera de la Enseñanza de 1960, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la OEA de 1969 y la Convención de los Derechos del Niño de 1990.

VII. Conclusiones

1) Es la libertad de enseñanza, no el derecho a la educación, la que tiene entre nosotros la larga data de siglos de reconocimiento, práctico y oficial. No obstante estar ambos derechos actualmente consagrados en nuestra Carta Magna, no siempre fue así, tal como lo indicamos precedentemente, y no es casualidad. La libertad de enseñanza es intrínseca al ser humano, es inherente a una persona el poder elegir qué educación le quiere dar a sus hijos y, por lo tanto, anterior al derecho a la educación, el cual por ser un derecho de carácter pecuniario, para un Estado pobre como lo era Chile, era imposible e ilusorio cumplir con el mandato constitucional de brindarle educación a todos los nacionales. Sin embargo, hoy eso ha cambiado, pero sigue en deuda el Estado de Chile en ofrecer una educación pública de calidad, que sea igual o mejor que la educación que ofrecen los particulares. Sin duda que se debe avanzar en eso, Chile debe ser capaz de ofrecer una educación pública y de calidad a sus nacionales, pero no se puede prohibir a los privados la posibilidad de ofrecer planes educacionales que sean de la preferencia de las personas, y que sean estas las que finalmente decidan de qué forma y cómo quieren que sean educados sus hijos.
2) Durante el siglo XIX y gran parte del XX la libertad de enseñanza se tradujo en un modelo mixto de provisión estatal y privado, colaborando los agentes particulares en la tarea de la educación pública. Los privados han ayudado históricamente a fomentar el acceso a la educación en todo el territorio nacional, cosa que hubiese sido muy difícil, sino imposible, haber podido cumplir sin la ayuda de la

[24] Libertad y Desarrollo (2020), p. 27.

sociedad civil, considerando, además, factores como la precariedad de un país pobre, como era Chile durante el siglo XIX y hasta bien avanzado el siglo XX, las muchas necesidades que, además de la educación, debió y debe cumplir el Estado de Chile, y otros tipos de dificultades que existen siempre como son las razones geográficas, de conectividad, etcétera.

3) Solo en tiempos recientes (UP) se intentó establecer un monopolio estatal sobre la educación, pero la sociedad chilena rechazó mayoritariamente este propósito. Según muchos, esta mala idea de vulnerar el principio de la libertad de enseñanza, consagrado en la historia constitucional de Chile, fue una –entre muchas– de las políticas más rechazadas del gobierno de Salvador Allende y que debilitó a su gobierno de forma muy aguda, lo que se traduciría finalmente en la caída del Mandatario luego de tornar insostenible su administración y contando con una oposición muy mayoritaria del total de la población del país.

4) La libertad de enseñanza no es una imposición ni menos creación *ex novo* de la Constitución de 1980-2005, sino el reflejo de una muy sólida y nutrida legislación y doctrina internacional recogida en los instrumentos internacionales suscritos por Chile y que se encuentran vigentes, según pudimos analizar en este trabajo. Estimamos que burlar este derecho y libertad en cualquiera de sus manifestaciones es echar por tierra la tradición constitucional chilena y los diferentes instrumentos internacionales que han sido ratificados por Chile y que se encuentran plenamente vigentes. Consideramos que la libertad de enseñanza es y debe seguir siendo un pilar fundamental en el Estado de derecho que hasta hoy se mantiene en nuestro país. Vulnerar la libertad de enseñanza y sobre todo el derecho de las familias de poder elegir la educación que quieren que se les entregue a sus hijos, es vulnerar la esencia del ser humano y dicha vulneración, sin duda, debe ser siempre rechazada.

Bibliografía

Andrades Rivas, Eduardo (2018): "La incultura en que España mantenía a sus colonias. Dos tópicos del mito fundamental republicano en Chile". *Revista de Estudios Histórico Jurídicos*, n.° XL, pp. 283-308.

Evans de la Cuadra, Enrique (1986): *Los derechos constitucionales*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Eyzaguirre Gutiérrez, Jaime (1957): *Ideario y ruta de la emancipación chilena* (Santiago, Editorial Universitaria).

Eyzaguirre Gutiérrez, Jaime (1988): *Historia de las instituciones políticas y sociales de Chile* (Santiago, Editorial Universitaria, 8ª edición).

Guarda Geywitz, Gabriel (2005): "El triunfo de la Ilustración, el reino de Chile, 1780-1810", en VV.AA., *La América hispana en los albores de la emancipación, Actas del IX Congreso de Academias Iberoamericanas de la Historia* (Madrid).

Jiménez Larraín, Fernando y Fernando Jiménez Loosli (2014): *Derecho constitucional*, Tomo i (Concepción, Ediciones de la Universidad Católica de la Santísima Concepción).

Libertad y Desarrollo (2020): Serie Informe Legislativo 60, IV, Regulación de la Libertad de Enseñanza, p. 27.

Lummis, Charles F. (2017): *Exploradores españoles del siglo xvi. Vindicación de la acción colonizadora española en América* (trad. cast. Madrid, Editorial Edaf).

Silva Bascuñán, Alejandro (2008): *Tratado de derecho constitucional, Tomo xii: De los derechos y deberes constitucionales. Libertad personal y seguridad individual. Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Derecho a la protección de la salud. Derecho a la educación y libertad de enseñanza. Libertad de opinión y de información* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Valencia Avaria, Luis (comp.) (1986): *Anales de la República* (Santiago, Editorial Andrés Bello, 2ª edición).

Verdugo Marinkovik, Mario (2011): *Constitución política de la República de Chile. Sistematizado con jurisprudencia* (Santiago, Editorial Abeledo Perrot Legal Publishing Chile).

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional (2006): Rol 523-2006, 19 de junio de 2007.

Otros documentos

Constitución de 1833.

Constitución de 1925.

Constitución de 1980.

Constitución Web. Disponible en http://constitucionweb.blogspot.cl/ 2012/02/ bulas-alejandrinas-la-segunda-bula.html [fecha de consulta: marzo de 2022].

El Siglo (2019): "Entrevista de Régis Debray a Salvador Allende". Disponible en https://elsiglo.cl/2019/09/04/entrevista-de-regis-debray-a-salvador-allende/ [fecha de consulta: marzo de 2022].

Pontifica Universidad Católica de Chile. Disponible en www.uc.cl/universidad/nuestra-historia/ [fecha de consulta: 27 de marzo de 2022].

Pontifica Universidad Católica de Valparaíso. Disponible en www.pucv.cl/pucv/la-universidad/historia [fecha de consulta: 27 de abril de 2022].

EDUCACIÓN CÍVICA, ADOCTRINAMIENTO Y LIBERTAD DE PENSAMIENTO

CIVIC EDUCATION, INDOCTRINATION AND FREEDOM OF THOUGHT

Fernanda García Gómez[*]

RESUMEN: Durante las últimas tres décadas se ha implementado, de manera sistemática, en Chile una política pública cuyo objetivo declarado consiste en el fortalecimiento de la formación ciudadana en el ámbito escolar. En el contexto de las iniciativas de reconocimiento constitucional de los derechos de la infancia, se han planteado alternativas de consagración de la educación cívica y del principio de participación progresiva de niños y adolescentes en la norma fundamental, eliminándose garantías como la libertad de enseñanza y el derecho preferente de los padres respecto de la educación de sus hijos. Siendo los conceptos de democracia y ciudadanía construcciones conceptuales complejas, dotadas de un fuerte componente subjetivo, resulta indispensable abordar la necesidad de definir la frontera entre educación ciudadana y adoctrinamiento ideológico. Todo intento serio por constitucionalizar la formación ciudadana de niños y adolescentes necesita contemplar mecanismos jurídicos efectivos que permitan garantizar que, tanto la definición de contenidos como la implementación de las metodologías del proceso formativo ciudadano, se realicen con respeto por el pluralismo democrático y la libertad de pensamiento de la niñez y la adolescencia, lo cual supone necesariamente, una adhesión al modelo de democracia formal y representativa.

PALABRAS CLAVES: Educación cívica, libertad de pensamiento, políticas públicas en educación.

[*] Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales Pontificia Universidad Católica de Chile, Master of Laws (LL.M.) Universidad de Londres. Profesora de Derecho Comercial Universidad del Desarrollo. Subdirectora ejecutiva y profesora investigadora de FARO UDD, núcleo de humanidades y ciencias sociales de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: f.garcia01@udd.cl

Abstract: During the last three decades, a public policy whose declared objective is to strengthen citizen education at school level has been systematically implemented in Chile. In the context of the initiatives for the constitutional recognition of children's rights, alternatives have been proposed for the consecration of civic education and the principle of progressive participation of children and adolescents in the fundamental norm, excluding guaranties such as the freedom of teaching and the preferential right of parents with respect to the education of their children. Since the concepts of democracy and citizenship are complex conceptual constructions endowed with a strong subjective component, it is essential to address the need to define the limit between citizen education and ideological indoctrination. Any serious attempt to constitutionalize the citizen education of children and adolescents, needs to contemplate effective legal mechanisms that allow guaranteeing that both the definition of contents and the implementation of the methodologies of the citizen training process, are performed with respect for democratic pluralism and freedom of thought of childhood and adolescence, which necessarily implies adherence to the model of formal and representative democracy.

Keywords: Education, civic education, educational public policies.

I. Introducción

Durante los últimos años se ha implementado en nuestro país una política pública cuyo objetivo declarado consiste en la profundización de la formación ciudadana de los escolares chilenos. En el debate constituyente, estos esfuerzos se plasman en iniciativas consistentes en incluir en el texto constitucional una mención explícita a la asignatura de educación cívica como parte de los contenidos a los que debe propender el sistema educativo municipal para concretar la participación ciudadana de la comunidad local. Se contempla, también, la consagración del principio de autonomía progresiva de los menores de edad en el contexto de la constitucionalización de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Por último, se elimina la tradicional garantía de la libertad de enseñanza, y toda referencia al derecho preferente y deber de los padres respecto de la educación de sus hijos, así como el deber de Estado de otorgar especial protección al ejercicio de este derecho[1].

Reconociendo y compartiendo la importancia de la formación ciudadana responsable de niños y adolescentes, y justamente para velar por su cum-

[1] Actuales numerales 10 y 11 del artículo 19 de la Constitución Política de 1980.

plimiento, creemos que resulta indispensable abordar la necesidad de reconsiderar el crucial papel que tradicionalmente ha correspondido a los padres de guías en las orientaciones educativas de sus hijos, de acuerdo con sus convicciones más íntimas y, al mismo tiempo, el insoslayable deber de definir la frontera entre educación ciudadana y adoctrinamiento ideológico, incorporando el respeto por la libertad de pensamiento de los educandos, como principio rector en torno al cual se estructure el debate constitucional sobre la materia.

En este sentido, postulamos que, si la opción del constituyente se inclina por dar reconocimiento constitucional a los derechos de la infancia, con un énfasis en la relevancia de la formación ciudadana y la participación progresiva de los menores en el quehacer público, resulta indispensable, entonces, restituir a los padres su papel orientador respecto de la educación de sus propios hijos, así como crear una institucionalidad adecuada de rango constitucional, que permita garantizar que la definición de contenidos y la implementación de las metodologías del proceso formativo ciudadano, se realice con pleno respeto por el pluralismo democrático y la libertad de pensamiento de la niñez y la adolescencia. A nuestro juicio, lo anterior supone necesariamente, una adhesión sustantiva por parte de quienes integren esta institucionalidad, al modelo de democracia formal y representativa.

II. Educación cívica

A. Educación para la ciudadanía como política pública

Durante las últimas tres décadas, la educación para la ciudadanía ha tenido una creciente prioridad en la agenda educativa nacional. Se trata, en efecto, de una política pública oficial consistente en iniciativas curriculares[2], evaluativas[3] y legislativas, cuyo objetivo declarado consiste en la profundización de la formación ciudadana de los escolares chilenos.

Desde una perspectiva legislativa, destacan en este sentido la ratificación por parte de Chile en 1990, de la Convención por los Derechos del

[2] Las cuatro últimas reformas curriculares, correspondientes a los años 1996-1998, 2009, 2012-2013 y 2019, han definido la formación ciudadana como un objetivo prioritario del currículum escolar, que compromete al conjunto de las asignaturas.

[3] La formación ciudadana fue incorporada como una de las dimensiones a medir en el conjunto de instrumentos que aplica la Agencia de Calidad de la Educación para evaluar la gestión de los establecimientos escolares y la calidad de los procesos educativos. La Agencia, creada en 2011, es la institución responsable de evaluar y orientar al sistema educativo.

Niño (CDN)[4], así como la promulgación en 2016, de la Ley n.º 20911, que crea el Plan de Formación Ciudadana para los establecimientos educacionales reconocidos por el Estado.

El objetivo principal de la CDN es promover los derechos de los menores de dieciocho años y el desarrollo de la infancia, motivando a los gobiernos a considerar estos aspectos dentro de los elementos principales de sus programas legislativos. Para estos efectos, la norma articula un conjunto de derechos para todos los niños y niñas, sobre la base de cuatro principios fundamentales: la no discriminación; el interés superior del niño; los derechos a la vida, la supervivencia y el desarrollo y el respeto de la opinión de los niños y niñas.

Se ha planteado que para lograr la eficacia sustantiva de los derechos que reconoce la CDN, se requiere implementar, entre otras materias, el denominado "principio de autonomía progresiva", el que se entiende como la capacidad de los niños, niñas y adolescentes de ejercer sus derechos a medida que se desarrollan mental y físicamente. Se señala que es evidente que, a temprana edad, es muy difícil que los derechos de niños y niñas sean ejercidos por ellos mismos, y que, por lo tanto, necesitan que los adultos velen por su cumplimiento. Sin embargo, se destaca que a medida que los niños crecen, ellos mismos son capaces, gradualmente y cada vez con mayor independencia, de ejercer sus derechos y tomar sus propias decisiones. Dentro de estas prerrogativas, se destaca la relevancia del derecho de niños de participar en el ámbito público[5].

Por su parte, el Plan de Formación Ciudadana para los establecimientos educacionales reconocidos por el Estado, tiene por objetivos: el desarrollo de una cultura democrática y ética en el sistema escolar y la formación de ciudadanos con virtudes cívicas, que participen en los temas de interés público, sean conocedores de la institucionalidad política y estén comprometidos con los derechos humanos. Para su logro, la Ley n.º 20911 dispone que cada establecimiento debe formular un plan de formación ciudadana, mandata al Estado a desarrollar estrategias en formación de docentes y directivos, y encarga al Ministerio de Educación incorporar la asignatura de formación ciudadana en tercero y cuarto año de la educación media.

No obstante haberse implementado los esfuerzos antes referidos de manera sostenida, la profundización en materia de educación cívica, no ha tenido correlato ni en los resultados de aprendizaje evidenciados de los escolares, ni en la adhesión y confianza de niños y jóvenes a la institucionalidad democrática vigente. En efecto, la crisis social y de representatividad en la que se encuentra el país desde octubre de 2019 y los malos rendimientos

[4] Instrumento jurídico aprobado en 1989 por la Asamblea General de Naciones Unidas.

[5] Este principio ha sido recogido de manera explícita en el texto actual redactado por la Convención Constitucional.

en las pruebas de evaluación sobre educación cívica escolar son prueba de lo anterior[6].

Si bien existe consenso respecto de la lamentable paradoja entre priorización de la formación ciudadana y la profundización de la desafección de la juventud respecto del institucionalidad, existe, en cambio, un profundo disenso en cuanto a las causas de aquello y a las medidas necesarias para enfrentar el fenómeno de desconfianza institucional.

Mientras un sector señala que lo que hace falta es profundizar el modelo educativo ciudadano mediante la denominada "democratización de la escuela", otros pensamos que el propio modelo de educación ciudadana ha contribuido a la profundización de la desafección institucional de niños y jóvenes. Ello porque ese modelo educativo ciudadano adhiere a la movilización social como mecanismo prioritario de participación ciudadana, y porque se sustenta en un sistema de reconocimiento de derechos, sin referencia correlativa en materia de deberes y responsabilidades de los sujetos de esos derechos. Este disenso dicotómico es el que abordaremos en las dos secciones siguientes.

B. Doctrina de la ciudadanía constitucional y la democratización de las escuelas

La enunciación inicial del principio de autonomía progresiva de niños y adolescentes es factor de consenso político transversal, porque, ¿quién podría oponerse a que educar a niños y adolescentes en el civismo democrático es un bien deseable? En principio, se trata de un anhelo de todo aquellos que adhieren al pluralismo democrático, y justamente, esa transversalidad es la

[6] Diversos documentos dan cuenta de este paradojal fenómeno. El estudio del Laboratorio Constitucional de la Universidad Diego Portales (2019), realizado con jóvenes de entre dieciocho y veinticinco años, muestra que ellos conciben la democracia como lejana y no representativa, como un pacto entre élites del que se sienten excluidos. Por el contrario, la participación la entienden como una acción importante, activa y voluntaria. Manifiestan, por lo mismo, rechazo a los mecanismos tradicionales de participación política y al mismo tiempo, su compromiso con causas sociales y políticas como la calidad de la educación y su financiamiento, la reivindicación de los derechos de las mujeres y las minorías, la denuncia de la emergencia ambiental o de la desigualdad del sistema económico y sus efectos en las condiciones de vida de la población. El Informe de Desarrollo Humano del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo titulado "Tiempo de politización" (2015), es consistente con lo anterior y agrega que el nivel de conocimiento de los estudiantes chilenos sobre la democracia como sistema político, sobre la racionalidad y los principios en los que se sustenta su institucionalidad –medidos por la Prueba Internacional de Educación Cívica y Formación Ciudadana– es bajo, en comparación a los otros países que participan de esta evaluación. (Agencia de Calidad de la Educación, 2018).

que explica la aprobación casi unánime por parte del Congreso Nacional, tanto de la CDN como de la referida Ley n.º 20911.

Sin embargo, la doctrina que designamos como "de la ciudadanía constitucional", consiste en una interpretación extrema de este principio. Esta particular doctrina construye el concepto de "ciudadanía constitucional" como categoría antagónica a la visión tradicional, a la que denomina de "ciudadanía legal", para explicar que hasta el presente, niños y adolescentes han sido un grupo excluido e, incluso, marginalizado, respecto de las formas de participación ciudadana que ofrecen los modelos constitucionales tradicionales.

Es efectivo que, a partir del sistema creado por la CDN, los autores que sustentan la consagración legislativa de los derechos del niño, distinguen entre un paradigma de protección de la infancia tradicional, llamado "tutelar", y un nuevo paradigma de protección, que se designa como "integral". Se señala que la visión tutelar, ya superada en virtud de la CDN, considera a los niños como objetos de protección y no como sujetos de derecho. Así lo expone Nicolás Espejo:

> "No cabe duda que la idea más revolucionaria y duradera, promovida por la dogmática contemporánea y reconocida en la [CDN], es que los niños y las niñas son personas legales, es decir, sujetos portadores de derechos. Esta idea, reconocida generalmente bajo el paradigma de la protección integral, es el en la práctica, el tiro de gracia al viejo sistema tutelar de la infancia [...]. Bajo este paradigma tutelar el Derecho nombra a los niños como "menores", aclarando de entrada, la clara diferenciación (en lo legal) entre niños y adultos. Los niños son, al final de cuenta, "no-adultos", carecen de una característica esencial que habilita la titularidad y goce de los derechos fundamentales: plena capacidad, competencia, autonomía y racionalidad. Por lo mismo, se les puede tratar de manera diferenciada, prescindiendo así, del respeto a su personalidad legal (sus derechos)"[7].

Ahora bien, más allá de la coincidencia que se pueda tener o no respecto de la crítica al modelo denominado tutelar[8], es un hecho que no todos

[7] Espejo (2020), pp. 1-2.

[8] El establecimiento de restricciones al ejercicio de derechos no constituye discriminación *per se*. No existe marginalización cuando se aplican criterios legislativos racionales fundados en diferencias situacionales objetivas. Recordemos que el principio de igualdad no es vulnerado sino confirmado cuando por razones objetivas, no arbitrarias, se da un tratamiento diferenciado a quienes están en distintas situaciones. Adicionalmente, y, si bien se entiende la buena fe y el noble propósito de la gran mayoría de los autores –Espejo (2020)–, que impulsan el reconocimiento legal de los derechos del niño, no es efectivo ni preciso señalar que bajo el sistema que denominan como "tutelar", los niños no fuesen considerados personas completas titulares de derecho.

los autores que promueven el nuevo paradigma de protección integral bajo la CDN derivan de él las mismas consecuencias jurídicas en materia de participación política de niños y adolescentes.

En efecto, una cosa es afirmar que los niños deben ser reconocidos como sujetos de derechos y dotados de los medios progresivos que les permitan hacerlos efectivos[9], y otra bien distinta es propiciar el fomento de la politización del aula y la participación de niños en acciones de protesta social. Este último es justamente el caso de la doctrina de la ciudadanía constitucional que postula como discriminatoria la exclusión de los menores de edad de la participación política ciudadana[10].

Para sustentar su visión, esta doctrina formula una crítica amplia, tanto al modelo de democracia formal y representativa como al concepto de ciudadanía, ambas instituciones propias de la tradición constitucional chilena, trascendiendo esos reproches a la crítica que se pueda formular al sistema de participación de niños y adolescentes vigente en la actualidad.

En efecto, y respecto de la ciudadanía, se plantea que la opción constitucional que restringe la ciudadanía al ejercicio de la soberanía popular mediante el derecho de sufragio, la que se designa como "ciudadanía legal", es reduccionista y limitativa. Postula y adhiere, por lo mismo, a una forma de ciudadanía más plena, que denomina "ciudadanía constitucional", la que se expresa ya no solo mediante la elección democrática de autoridades representativas, sino que, también, y fundamentalmente, a través del ejercicio activo de otras garantías constitucionales, como el derecho de opinión, de reunión y de asociación. Se reivindican el derecho de manifestación pública, la movilización social, y derechamente, la protesta, como mecanismos no solo tolerables, sino verdaderamente deseables en democracia.

En el contexto de la publicación de Unicef de 2017, denominada *Constitución, política e infancia*, el académico Domingo Lovera señala:

[9] Así, por ejemplo, Espejo (2020) y (2017) y Acuña (2020).

[10] Para esta doctrina no solo la norma constitucional que exige mayoría de edad para el estatus ciudadano es arbitrariamente excluyente respecto de niños y adolescentes. También se señala que el solo hecho que la norma civil distinga entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio de derechos, dotando a los niños de la primera y privándolos de la segunda, es evidencia de la marginalización de los menores del sistema garantístico creado por y para adultos. Señala Lovera (2017): "Casi toda la discusión en este sentido se centra (aunque sea para intentar rebatir o matizar) en las 'carencias' o 'déficits' que niños, niñas y adolescentes 'sufren', 'en comparación con los adultos'. Se trata de un enfoque que asume que niños, niñas y adolescentes son individuos que están 'por llegar a ser humanos' y que, en consecuencia, son tratados como 'actores pasivos, que carecen de agencia, débiles, vulnerables, y con necesidad de protección [...]' ".

> "Para el caso chileno, avanzando en una (re)lectura democrática del artículo 5° de la Constitución, debe descartarse que las únicas instancias de participación del pueblo se encuentren reducidas a las elecciones populares y plebiscitos –reservadas en la Constitución, como se ha mostrado, al ciudadano legal. En efecto, es la propia Constitución la que dispone una serie de otras alternativas de intervención política para los miembros de la comunidad y de la democracia requeriría un concepto expandido del sujeto y espacio políticos [...] no solo una extensión de los privilegios de los adultos hacia los niños, sino que una reestructuración de las normas sociales fundamentales en respuesta a las experiencias de los niños"[11].

Adicionalmente, esta construcción adhiere, aunque no siempre expresándolo de manera explícita, a formas variadas de la denominada democracia directa, en desmedro de la opción propia de la tradición constitucional chilena y occidental que se sustenta en la democracia formal y representativa[12]. Para estos efectos, se hace una lectura antojadiza de la noción de soberanía popular y de la democracia representativa:

> "En efecto, las decisiones son democráticas, esto es, son legítimas y nos pertenecen, cuando se adoptan con la intervención de todos los miembros de la comunidad nacional (art. 1 de la Constitución). Por ello es que, cuando una comunidad exhibe grupos marginados del proceso político, entonces evidencia a sectores de su comunidad que sitúa, muchas veces, de forma deliberada, fuera de la promesa del autogobierno. Para ellas y ellos, los grupos marginados, el proceso político es solo una promesa de participación y sus decisiones, qué duda cabe, pura fuerza externa y dominación [...]"[13].

Llevados estos argumentos al ámbito de la tan anhelada formación y reencantamiento de niños y adolescentes con el civismo democrático, esta doctrina erige a la movilización social como la forma principal de participación progresiva de los menores en lo público; movilización a la que se atribuye un carácter alternativo y anterior al sufragio, y a la que se dota de autonomía e, incluso, de preeminencia, respecto de la canalización institucional del interés social, debiendo ella ser un objetivo normativo respecto de los escolares chilenos. Existe en consecuencia, un abandono, y porque no decirlo, un rechazo

[11] Lovera (2017), p. 162.

[12] Empleo estos conceptos para referirme a la democracia tal como la entienden, por ejemplo, Sartori (2017) y Urbinati (2017). En sus obras se pueden encontrar una exposición de los defectos e inconvenientes de las democracias directas y sustantivas.

[13] Lovera (2017), p. 164.

de parte de la doctrina de la ciudadanía constitucional, respecto de la noción de democracia formal y representativa.

Adicionalmente, y respecto de la política de formación ciudadana, esta versión extrema del principio de autonomía progresiva, postula que no basta una priorización cívica curricular, sino que:

> "Para que las escuelas puedan otorgarle sentido a la democracia, deben transformarse en un espacio en el que la ciudadanía se ejerza, donde se pueda vivir una experiencia de ciudadanía democrática"[14].

La democratización de las escuelas como horizonte de la política educativa[15], establece que la escuela debe ser dialógica, permitir la participación y la deliberación, e incorporar a sus profesores y estudiantes en la toma de decisiones sobre los asuntos que afectan al conjunto de la comunidad educativa. Se plantea que, en la actualidad:

> "Si bien [...] las escuelas son instituciones jerárquicas, que tienen la responsabilidad de ejercer autoridad y velar por una convivencia armoniosa entre todos sus miembros, eso no significa que no puedan constituirse en espacios democráticos y dialógicos en los que las y los estudiantes puedan ejercer ciudadanía y participar de las decisiones en los asuntos que los afectan".

Por último, no es posible ignorar que los trabajos académicos que sustentan la doctrina de la ciudadanía constitucional y la politización del aula, forman parte de compilaciones, en las cuales resulta evidente la adhesión ideológica unívoca a ciertas corrientes políticas, tanto de parte de sus editores como de los autores que contribuyen a las publicaciones en cuestión.

Así, por ejemplo, el texto de Renato Gazmuri y María Isabel Toledo[16], es parte del documento "Horizontes y propuestas para transformar el sistema educativo chileno", que corresponde a una publicación de la Biblioteca del Congreso Nacional en 2020, concretada a instancias del entonces presidente del Senado Jaime Quintana. Otros títulos en esta edición incluyen

---

[14] Gazmuri y Toledo (2020), p. 127.

[15] *Op. cit.*, p. 128. Los autores sintetizan la democratización de las escuelas en cuatro propuestas, a saber: la integración de las políticas de formación ciudadana y convivencia escolar, la reorientación de la política evaluativa para disminuir la presión y la competencia entre las escuelas, el favorecimiento de la confianza y la colaboración entre estas y entre directivos y docentes, y consolidación la Nueva Educación Pública y facilitar la creación de organismos intermedios entre el Estado y las escuelas.

[16] "La urgencia de la educación de la ciudadanía en tiempos del Estado evaluador: propuestas a la política educativa para democratizar las escuelas".

artículos tales como "Creando políticas feministas en educación" o "Interculturalidad en contextos migratorios. Desafíos para pensar un sistema escolar inclusivo y justo".

El propio senador, en el Prólogo del libro expresa:

> "[...] la movilización social [de octubre de 2019], ha abierto la posibilidad de darnos un verdadero pacto social y redefinir estratégicamente los ejes de nuestro desarrollo [...] en un Chile que reclama participación y construcción conjunta del poder democrático, la ciudadanía debe ser también una experiencia educativa. [...] Pero no solo sacando más a las niñas y niños del aula y llevándolos a museos, parques o conciertos –qué duda cabe de tal necesidad–, sino también, haciendo que la democracia y la inclusión social sean una experiencia educativa [...]".

Finalmente, el senador concluye:

> "Una reflexión importante que surge tras la lectura de los distintos capítulos que conforman esta publicación, tiene que ver con la insuficiencia epistemológica e ineficacia derivadas del individualismo exacerbado de nuestro sistema [...]. Lo mismo con el lucro en la educación; si bien hubo personas que actuaron contra la ley, es también el sistema el que promueve e incentiva la lógica mercantil. 'Aula Segura' también es un ejemplo, pues individualiza el problema en el niño o niña problemático, sin pensar qué produce esa violencia y dónde irán después esos niños y niñas".

Por su parte, el texto de Domingo Lovera[17] forma parte del documento C*onstitución política e infancia*, editado por Unicef en 2017, donde algunas de las otras temáticas abordadas corresponden al derecho a la identidad en la infancia y la adolescencia, y a la interculturalidad.

Además de sostener su tesis en materia de ciudadanía constitucional, el propio Domingo Lovera se aboca a la revisión de jurisprudencia en materia de ejercicio del derecho de protesta por parte de escolares chilenos, para destacar la incipiente apertura de la Corte Suprema en cuanto a restringir la posibilidad de las escuelas de ejercer sanciones disciplinarias en contra de estudiantes que efectúen tomas y otras formas de movilización netamente políticas en el aula. Domingo Lovera felicita la decisión de la Corte Suprema (2009), de revocar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, que rechazaba la acción de protección intentada por el menor en contra del establecimiento educacional que había cancelado su matrícula. Señala Domingo Lovera que la Corte Suprema "[...] avanzó en importantes argumentos a la hora de com-

[17] "Ciudadanía constitucional de niños, niñas y adolescentes".

prender adecuadamente el interés superior del niño". El liceo recurrido justificaba la cancelación de matrícula por el hecho que el estudiante abogaba por cambios legales y sociales:

> "Pero dentro de un contexto que va mucho más allá del ámbito de la enseñanza media, en que se desenvuelven los alumnos del Liceo Experimental Artístico, haciendo llamados de carácter netamente políticos".

Este argumento es desestimado por Domingo Lovera, a pesar del tenor de las declaraciones del estudiante en cuestión, que él mismo cita como expresión del principio de autonomía progresiva, y en defensa de lo que llama "el interés superior del niño", y que transcribimos a continuación:

> "Contra la educación de mercado, contra la LOCE de Pinochet y su hermana, la LGE del negocio transparente de la Concertación y la Derecha. ¡Ni LOCE ni LGE! ¡Luchemos contra la precarización de la educación, el trabajo y el arte! Forjemos la unidad con los trabajadores contra la precarización de la educación y la vida. ¡Viva la unidad Obrero estudiantil! Luchemos por refundar nuestros centros de alumnos y federaciones en base a la Democracia directa Estudiantil, delegados revocables en todo momento. Porque la PSU es un filtro de clase para los colegios públicos y privados. ¡Luchemos por el acceso irrestricto a la universidad! ¡No a la PSU! Contra la precarización de nuestra educación artística, forjemos un comité de Artes y Cultura. ¡Por los derechos de la mujer y las minorías sexuales! Luchemos contra la criminalización de las luchas contra los trabajadores, los sectores oprimidos, los jóvenes, basta de represión a los que luchan"[18].

Se podrá decir aquí que los esfuerzos editoriales citados no constituyen en sí mismos ningún pecado, sino que, por el contrario, son manifestaciones de esfuerzos legítimos de ciertos actores sociales por aportar al debate nacional sobre la tan necesaria mejora del sistema educativo, por una parte, y la indispensable reforma al sistema actual de protección de los menores de edad en nuestro país, por la otra, todo ello desde su legítima visión política y social.

Y creemos en efecto, que eso es efectivo. Lo que intentamos destacar no es la evidente carga política de esta literatura, sino, más bien, el hecho que tratándose de educación cívica y de la formación de la conciencia ciudadana de los escolares chilenos, no es posible ni legítimo obviar esa identificación ideológica. Por el contrario, en materia de educación cívica, debemos tener absoluta claridad de qué actores sociales sustentan cierta posición, cuál es su

[18] Lovera (2017), pp. 172-173.

finalidad real y declarada, y de cuáles son sus adhesiones respecto de aspectos opinables en materia de los paradigmas sociales.

En este sentido, estimamos que resulta de particular relevancia que los actores sociales que buscan influir en la definición de políticas educativas ciudadanas, expliciten su adhesión o rechazo al modelo de democracia formal y representativa. En efecto, y como sostendremos a continuación, la adhesión a esa forma de democracia es indispensable para estructurar un sistema educativo ciudadano que respete el pluralismo y la libertad de pensamiento de niños y adolescentes.

C. Ciudadanía institucional democrática: Derechos, deberes y responsabilidad

Señalamos que, si bien existe consenso en los diversos actores sociales respecto de la paradojal relación entre la priorización de la formación ciudadana como política educativa nacional, y la profundización de la desafección de la juventud respecto de la institucionalidad vigente; existe, en cambio, un profundo disenso en cuanto a las causas de aquello y a las medidas necesarias para enfrentar el fenómeno de desconfianza institucional.

Mientras la doctrina de la ciudadanía constitucional y de la democratización de las escuelas afirma que hace falta profundizar el modelo educativo ciudadano en los términos antes descritos, otros pensamos que, si bien la desconfianza en la institucionalidad democrática es de origen multifactorial, ha sido el propio modelo de educación ciudadana implantado en Chile por ya casi treinta años, el que ha profundizado y acelerado ese desapego, fundamentalmente por tratarse de un modelo que prioriza la movilización social y promueve una visión de la democracia que debilita la deliberación pública, lo que se materializa en un énfasis en el ejercicio de los derechos de niños y jóvenes, sin correlato de deberes ni responsabilidad.

Como ya hemos anticipado, la adhesión al principio de autonomía progresiva en el contexto de la demanda por constitucionalizar los derechos de los niños, está lejos de agotarse en la interpretación ideológica del mismo, la que hemos designado como la doctrina de la ciudadanía constitucional. E, incluso, quienes plantean la necesidad de "democratizar la escuela", identifican problemáticas y formulan críticas al modelo del Estado Evaluador, que, en parte, compartimos.

En efecto, y tal como señalan Renato Gazmuri y María Isabel Toledo[19], durante las últimas tres décadas, y sobre todo con la promulgación de la Ley General de Educación (LGE) en 2009, y el establecimiento del Sistema de Ase-

[19] Gazmuri y Toledo (2020).

guramiento de la Calidad bajo el control de la Agencia de Calidad de la Educación, el papel del Estado docente parece restringirse injustificadamente a la implementación de una política evaluativa por medio de las pruebas SIMCE[20]. El objetivo del sistema evaluativo es determinar y comparar el nivel de desempeño de las escuelas para definir apoyos y sanciones, pero, por sobre todo, se busca aportar información a la demanda de los padres, bajo el supuesto de que estos elegirían el establecimiento educativo para sus hijos en función de su calidad.

Compartimos con los autores el argumento de que la consolidación del Estado evaluador y de la lógica de rendición de cuentas como elemento central de la política educativa, ha instalado una creciente presión sobre escuelas, directores y profesores, subordinando la prioridad que históricamente tenía la educación para la ciudadanía frente a los logros de aprendizajes en asignaturas específicas de lenguaje y matemáticas.

Sin embargo, nos parece que ese diagnóstico está lejos de constituir la causa única o preponderante del proceso de desafección institucional de niños y jóvenes. Evidentemente, la desconfianza institucional se explica por variados factores, y ellos no son solo de índole educativa.

La falta de transparencia y corrupción de las élites políticas, el nulo recambio generacional, el nepotismo, un sistema electoral reformado que permite la elección popular de individuos que se manifiestan abiertamente en contra de la institucionalidad y del Estado de derecho, entre muchos otros factores son, a nuestro juicio, las causas profundas del fenómeno social de distanciamiento institucional de las generaciones menores, lo que, por lo demás, es un fenómeno global que no se limita a Chile.

Y desde la perspectiva educativa, la consolidación del Estado Evaluador tampoco puede ser válidamente sindicada como el factor exclusivo para explicar la paradoja de que, a más educación cívica, mayor desinstitucionalización. Se ignoran factores preponderantes, tales como la calidad de los profesores y la insuficiencia de recursos de infraestructura y tecnología en las aulas. Pero lo que más desconfianza despierta de esta postura, es la persistencia en culpar exclusivamente al carácter individualista y a la falta de *ethos* social del denominado modelo neoliberal educativo por la desafección institucional de los jóvenes.

En este sentido, la doctrina de la ciudadanía constitucional y la democratización de las escuelas plantea que la solución de todos los problemas de adhesión institucional se agota en la politización del aula para desterrar de una vez por todas al "modelo educativo neoliberal". Sorprendentemente, esta doctrina no solo se niega a ver las concausas socio-políticas del fenómeno denunciado, sino que es miope a la hora de identificar en su propio *ethos*,

[20] Sistema de Medición de la Calidad de la Educación.

la causa misma del rechazo de niños y jóvenes respecto de la institucionalidad democrática vigente en nuestro régimen constitucional.

En efecto, veíamos cómo la doctrina de la ciudadanía constitucional destaca al ejercicio de la libertad de reunión y, en concreto, el derecho de los jóvenes a manifestarse, como un mecanismo no solo válido, sino deseable de participación de niños y jóvenes en los temas públicos, como una expresión del principio de autonomía progresiva enunciado. La opción por fomentar estas formas no institucionales de participación en toda la población y, especialmente, en el caso de niños y jóvenes es explícita, sin embargo, quienes la sustentan no ven la relación entre aquello y el hecho de que los jóvenes elijan protestar y no canalizar sus opiniones por los conductos institucionales. En este sentido, señalamos, esta doctrina rechaza el modelo de democracia formal y representativa y lo reemplaza por uno de participación popular directa y desinstitucionalizada.

Señalábamos que, a nuestro juicio, este es un patrón de conducta aprendido, inculcado mediante los programas de formación ciudadana que tienen un énfasis en el reconocimiento de los derechos de niños y adolescentes, sin correlato de deberes y responsabilidades. En efecto, y al revisar la literatura nacional que reivindica la constitucionalización de los derechos de menores, es evidente la ausencia de referencias a los deberes ciudadanos como correlato de los derechos que se reconocen y defienden. Estos deberes no se refieren a ser vocal de mesa, a hacer el servicio militar o pagar impuestos, como quisiera a veces caricaturizarse. Los deberes, en cambio, tienen que ver con una noción sustantiva de compromiso con el modelo democrático, para entender, a diferencia de lo que plantea Domingo Lovera, que la democracia es, en este sentido, un mecanismo articulador de la sociedad libre y plural, que se sustenta en un compromiso tácito y recíproco de carácter esencial, y no una "promesa de autogobierno", para todos y cada uno de los miembros de la sociedad. En la democracia se entiende que las personas renuncian a imponer sus convicciones a otros, y consienten en lograr acuerdos de convivencia social (aunque estos no representen del todo sus opciones personales), a cambio de vivir en un sistema que reconoce y protege las libertades y los derechos propios y ajenos. El ejercicio de ese poder de autodeterminación, de esa soberanía, se materializa en el sufragio y, en consecuencia, se ejerce por las autoridades democráticamente elegidas, siempre con pleno respeto por los derechos humanos. Estas autoridades, por su parte, están llamadas a reflejar la opinión pública, pero también a encausarla e interpretarla, para llegar a un juicio político razonado y "universal". Esto es lo esencial de la representación, y encarna, en definitiva, el modelo de democracia formal y representativa al que hemos aludido tantas veces.

Al él se opone, en efecto, la opción que hemos calificado como de "democracia directa", donde cada uno considera que puede hacer presente su opción política cómo y cuándo mejor le parezca, sin intermediarios electos,

y sin importar el peso relativo o la relevancia de su demanda respecto del sistema social del que es parte, todo lo cual empobrece el debate público. Consecuencia necesaria de lo anterior, es la reivindicación de la manifestación social y la protesta no como una expresión de libertad humana, sino como una forma de imponer, incluso por la fuerza, una particular inquietud pública. Verdaderamente, nada hay aquí de democrático, ni de cívico. En efecto, educar a niños y adolescentes en que son titulares de derechos sin correlato de deberes, ni responsabilidad, que pueden hacer valer cuando y como quieran e, incluso por la fuerza, es lo contrario de educarlos cívicamente.

No es de sorprender el hecho de que estos mismos sectores son los que han impuesto su criterio en cuanto a limitar, hasta casi eliminar, el poder sancionatorio de escuelas respecto de estudiantes que no cumplen de manera reiterada con los estándares disciplinarios en los que se busca educar a los niños. Al plantear, como abiertamente lo hacen Renato Gazmuri y María Isabel Toledo, que la escuela ha de ser un espacio transversal dialógico donde los estudiantes son sujetos de derechos cuyo ejercicio participativo ha de estimularse, se prescinde de la evidente reducción del poder sancionatorio de la escuela, lo cual a su vez es causa directa de la desintegración de la escuela como institución jerárquica donde se eduque en la responsabilidad personal por los actos.

En este sentido, postulamos la existencia de una verdadera "ideología de los derechos" que ha gobernado los contenidos educativos de formación ciudadana y que ahora pretende extremar su efecto en la sociedad mediante la implantación de una metodología de politización de las aulas y la consagración constitucional de la versión malentendida de la autonomía progresiva como una especie de derecho a la movilización social y la protesta.

La doctrina de la ciudadanía constitucional que se sustenta en dicha ideología es, en consecuencia, reduccionista y sesgada, al ignorar los factores causales relevantes para la ineficacia de la política pública de formación ciudadana, optando por culpar de todo al modelo neoliberal, y actuando, de esta forma, como una fuerza desestabilizadora de la democracia al deslegitimar su forma representativa.

Pero a nuestro juicio, esta doctrina es, además, adoctrinadora en cuanto asume presupuestos valorativos subjetivos que no explicita como tales: no reconoce abiertamente que su bandera de autonomía progresiva de niños y jóvenes es, en realidad, parte de una agenda mayor de crítica al sistema institucional democrático, de rechazo a la democracia formal y representativa, porque cree en formas de "democracia" directa aplicables no solo para jóvenes en cuanto menores de edad, sino para toda la sociedad.

Ese ocultamiento de sus finalidades verdaderas es lo que explica que quienes sustentan esta doctrina no puedan o no quieran ver su contradicción intrínseca, en virtud de la cual el fomentar la protesta como mecanismo de

participación de los jóvenes en lo público, profundiza justamente su desafección respecto de la institucionalidad democrática. No es, entonces, ya un asunto de proteger la autonomía progresiva de los jóvenes con un fin educativo, sino, más bien, se trata de una ideología cuya finalidad es netamente política.

Creemos, en consecuencia, que la educación cívica es un factor relevante, pero ciertamente no el único, para acercar y reestablecer la confianza de niños y jóvenes en la democracia institucional. Consideramos, asimismo, esencial ampliar su contenido a la formación en materia de derechos, siempre asociados al cumplimiento de deberes correlativos y a la asunción de responsabilidades por los actos propios. También postulamos la necesidad de los actores sociales, entre ellos los profesionales de la educación, de explicitar su adhesión al modelo de democracia formal, representativa y no directa, donde las personas entienden a este sistema político como un mecanismo articulador de la sociedad libre y plural, donde cada uno cede parte de sus derechos absolutos en pos de la comunidad que reconoce y protege las libertades y derechos propios y ajenos. Finalmente, para velar por el cumplimiento de los propósitos enunciados, sostenemos que se torna imperioso restituir los padres el derecho preferente de orientar la educación de sus hijos de acuerdo con sus propias convicciones como un límite al poder estatal, y el crear una institucionalidad profesional, transversal y plural, y de rango constitucional, cuyos integrantes, aunque con muchas diferencias, adhieran al menos al modelo de democracia formal y representativa, el que, prescindiendo de las cambiantes mayorías electorales, esté a cargo de la definición de los contenidos y las metodologías de la educación cívica. Este modelo de formación ciudadana al que adherimos, es el que hemos denominado como el de la "ciudadanía institucional democrática".

La formación de la ciudadanía institucional democrática descansa sobre el respeto por la libertad de pensamiento y conciencia, la libertad de enseñanza, el derecho y deber preferente de los padres respecto de la educación de sus hijos, el deber educativo del Estado, y el respeto por el principio de neutralidad estatal en virtud del cual dicho deber debe cumplirse. A estas materias nos referiremos a continuación.

III. El principio de neutralidad estatal

A. Libertad de pensamiento

Todo orden jurídico-social que declara fundarse en el respeto irrestricto por los derechos humanos, debe, necesariamente, reconocer y garantizar el respeto por la libertad de conciencia de toda persona.

La libertad de conciencia:

> "Es el aspecto más íntimo del pensamiento humano. Se refiere a la capacidad de cada persona de formar sus ideas, hacer sus propios juicios, calificar su conducta o la de otros y establecer parámetros morales internos"[21].

En consecuencia, la libertad de conciencia es el espacio originario de autodeterminación, un ámbito sagrado de la personalidad cuya integridad es prerrequisito para la existencia verdadera de toda forma ulterior de libertad. En virtud de esta inviolabilidad es que se afirma que el papel del derecho a su respecto ha de limitarse a proteger la libertad de conciencia, no pudiendo realmente regularla, porque ello conllevaría una contradicción ontológica.

Históricamente, la protección jurídica de la libertad de conciencia nace vinculada a la necesidad de reconocimiento y protección de la diversidad religiosa. Esta relación originaria entre religión y conciencia explica:

> "[...] aunque en sentido amplio, la libertad de conciencia existe en cuanto a toda forma de pensamiento y de creencia, la tradición oficial es aludir específicamente con tal expresión al derecho a pensar y a creer sin coacciones, en lo que se refiere solo a la Divinidad"[22].

La Constitución de 1980, en el inciso primero del numeral 6 de su artículo 19, sigue esta tradición oficial, no innovando en lo sustantivo respecto del texto anterior de la Constitución de 1925, al señalar:

> "La Constitución asegura a las personas la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público".

Sin perjuicio de esta vinculación histórica entre libertad de conciencia y de culto, existe consenso en que la libertad de conciencia es sustantivamente una garantía autónoma y anterior, tanto a las libertades de religión y culto, como a la libertad de opinión[23]. Más que la conciencia, la primera y más fun-

[21] Vivanco (2006), p. 399.

[22] Silva (2006), p. 235.

[23] Resulta interesante constatar, que la opción "tradicionalista" del constituyente de 1980, se fundó en argumentos más formales que sustantivos. En efecto, la Comisión para la Elaboración de la Nueva Constitución Política de 1980 (CENCP), consideró conveniente mantener la estructura y el tenor de la norma del texto constitucional anterior, estimando que ella había sido un instrumento de unión nacional, expresión del acuerdo entre el Estado de Chile y la Santa Sede: "[...] acontecimiento histórico que constituyó la base de la reconciliación nacional y el término de toda lucha religiosa [...]". En este sentido, consta en actas de la CENCP, respecto de la opinión del comisionado Jaime Guzmán: "[...] la libertad de conciencia es anterior, es no sólo anterior a la manifestación de todas las creencias y al ejercicio de todos los cultos, sino que es también el fundamento de la libertad de opinión. La libertad de conciencia es,

damental manifestación del fuero interno de la persona es su pensamiento, a partir del cual, el hombre construye convicciones éticas, opiniones y adhesiones morales, políticas o de cualquier tipo[24]. De este modo, la libertad de pensamiento se concibe como un espacio inviolable del ser humano, incluso anterior a la formación de su conciencia, y supuesto necesario de la misma.

El estatuto internacional de los derechos humanos, asegura el derecho a la libertad de conciencia, a través de diversos instrumentos que han sido suscritos y ratificados por Chile, a saber: la Convención Americana de Derechos Humanos[25], el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[26], el Pacto Internacio-

para el señor Guzmán, la libertad del fuero interno, qué entiende siempre en forma absoluta e inviolable, en la cual nadie puede penetrar y a la cual la esfera del derecho no alcanza. Así entiende la libertad de conciencia, libertad que se puede extender a materias religiosas en forma prioritaria, pero se puede extender a otras materias. Entiende que la libertad de manifestar las creencias religiosas deriva de la libertad de conciencia, pero piensa que la libertad de manifestar opiniones en general, que es el contenido de la libertad de opinión, también emana de la libertad de conciencia, porque su conciencia debe discernir primero cuál es su opinión y su juicio sobre una cosa, y luego, está el juicio que él emite, formula o manifiesta. De manera que, a su juicio, la libertad de conciencia es un precepto muy simple que debiera quedar aparte de este texto y debiera anteceder tanto a éste como al de la libertad de opinión, bajo una formulación muy simple que consagrara la libertad de conciencia y que el fuero interno es absolutamente inviolable". Actas CENCP, n.º 130, p. 367.

[24] Por lo anterior, es razonable que el texto constitucional se aboque a reconocer y garantizar de manera primaria la libertad de pensamiento, haciendo referencia a continuación de ella a la libertad de conciencia. Adicionalmente, y solo a partir de ahí, la norma constitucional podría lógicamente, referirse de manera separada, al reconocimiento y garantías de la libertad de cada persona para adherir y exteriorizar, tanto las creencias religiosas como las opiniones subjetivas que cada cual elija. Se postula, en consecuencia, no solo una nueva autonomía normativa para la libertad de conciencia, sino, además, una redefinición de la misma, declarando, en términos explícitos, que lo que se garantiza y protege es, primeramente, la libertad de pensamiento, y como correlato y consecuencia necesaria de aquello, la libertad de conciencia, entendiendo esta última como la capacidad de formarse juicios sobre la realidad a partir del propio pensamiento, y sin mediar coacción externa.

[25] La Convención Americana de Derechos Humanos se refiere a la libertad de conciencia y de religión en los numerales 1 y 2 de su artículo 12, en los siguientes términos: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado. 2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias […]".

[26] El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, en los numerales 1 y 2 de su artículo 18, precisa: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. 2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección […]".

nal de Derechos Económicos Sociales y Culturales[27], la Convención para la Prevención y Sanción de Delito de Genocidio[28], la Convención del Estatuto de los Refugiados[29] y la Convención sobre los Derechos del Niño.

Es importante destacar que la protección de la libertad de conciencia presenta caracteres específicos y distintivos, cuando los sujetos de dicha protección son niños, niñas y adolescentes.

En efecto, la niñez es, por definición, la etapa en que el ser humano crece, se desarrolla y forma, en el ámbito físico, psíquico y espiritual, para llegar a convertirse en un adulto en el futuro. Su conciencia está abierta y es permeable, que duda cabe, a los influjos de su contexto familiar y sociocultural, en un grado superlativo en comparación a la permeabilidad que puede experimentar la conciencia del adulto. De la misma manera, los efectos del influjo familiar y social sobre su conciencia en formación serán, muy probablemente, más profundos e irreversibles, que las consecuencias de cualquier coacción que se ejerza sobre el fuero interno de un mayor de edad.

Es justamente por esta realidad fáctica, que, en el ámbito del derecho, el respeto por la libertad de pensamiento en la infancia y la adolescencia, presenta caracteres específicos y distintos respecto del sistema general de protección de la libertad de conciencia. En este caso, el respeto por el libre pensamiento se vincula de manera inevitable, con otras garantías fundantes del sistema constitucional democrático como son: la libertad de enseñanza, el pluralismo y el deber educativo del Estado gobernado por el principio de neutralidad estatal.

B. Libertad de enseñanza y pluralismo

La sociedad democrática es pluralista por definición. Ese pluralismo descansa en los principios de libertad e igualdad originarios, comunes a todas las personas, que el Estado se limita a reconocer y no a otorgar, y que, por lo mismo, tienen el carácter de inalienables.

---

[27] El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en su artículo 2 n.º 2 señala: "2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

[28] La Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, artículo II, determina: "En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, aun grupo nacional, racial o religioso...".

[29] La Convención del Estatuto de los Refugiados, en su artículo 4, determina: "Los Estados contratantes otorgarán a los refugiados que se encuentren en su territorio un trato por lo menos tan favorable como el otorgado a sus nacionales en cuanto a la libertad de practicar su religión y en cuanto a la libertad de instrucción religiosa de sus hijos".

A su vez, el principio de pluralismo democrático demanda del Estado, como expresión de la sociedad jurídicamente organizada, que reconozca y garantice la libertad de pensamiento y, en consecuencia, las libertades de conciencia, de credo, de culto y de opinión.

Finalmente, la libertad de pensamiento es el fundamento de la libertad de enseñanza y del derecho preferente de los padres para educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones.

La Constitución de 1980, siguiendo la tradición jurídica nacional, consagra estos tres pilares básicos –pluralismo, libertad de pensamiento y libertad de enseñanza– los que, por su especificidad jurídica, se vinculan indisolublemente en materia de niñez y adolescencia.

Así, en los incisos 3 y 4 del número 10 del artículo 19, relativo al derecho a la educación, la Constitución señala:

> "[...] Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho [...]".

Adicionalmente, en el n.º 11 del artículo 19, la Constitución garantiza la libertad de enseñanza, la neutralidad política e ideológica en materia de educación pública y el derecho educativo preferente de los padres, en los siguientes términos:

> "La libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales. La libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional. La enseñanza reconocida oficialmente no podrá orientarse a propagar tendencia político partidista alguna. Los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos [...]"[30].

Por su parte, el pluralismo es recogido en inciso 6 del n.º 15 de su artículo 19, que señala:

> "[...] La Constitución Política garantiza el pluralismo político. Son inconstitucionales los partidos, movimientos u otras formas de organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia,

[30] Este principio complementa el reconocimiento de la laicidad estatal, como correlato a la libertad de conciencia, contenida en el numeral 6 del artículo 19, pero ahora desde una perspectiva política o ideológica.

la propugnen o inciten a ella como método de acción política. Corresponderá al Tribunal Constitucional declarar esta inconstitucionalidad".

Las normas internacionales sobre derechos humanos vigentes en Chile son consistentes con esta tríada garantista[31], en términos sustancialmente similares a los contenidos en el texto actual de la Constitución chilena.

Como hemos anticipado, el texto convencional actualmente en discusión ha optado por eliminar toda referencia al derecho preferente de los padres en materia educativa, lo que no resulta contrario solo a la tradición constitucional chilena, sino se aparte y vulnera los acuerdos internacionales en materia de derechos humanos de los que Chile es parte.

[31] Así la Convención Americana de Derechos Humanos, a propósito de la libertad de conciencia establece en sus numerales 3 y 4 del artículo 12: "No. 3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás". "No. 4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones". El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, en su artículo 18, puntualiza en sus numerales 3 y 4: "No. 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás". "No. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones". El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en su artículo 13 n.os 1 y 3 señala: "1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre rodas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades de las naciones unidas en pro del mantenimiento de la paz. [...] 3. Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza [...]". Finalmente, la Convención por los Derechos del Niño, establece claramente en los numerales 2 y 3 de su artículo 14: "No. 2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades". Y en el artículo 30 agrega: "En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma". "No. 3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás".

C. *Concepto de neutralidad estatal*

El Estado de Derecho es la organización jurídica que asume el pueblo o la nación. Está al servicio de la persona humana, existe por y para ella y, en consecuencia, el Estado no tiene derechos, sino poderes-deberes que les son atribuidos por el orden constitucional y, en última instancia, por el pueblo soberano, para cumplir su fin social.

Dentro de estos deberes, el Estado debe cumplir un papel fundamental en materia educativa. Se trata del correlato del derecho a la educación de niños y adolescentes, el cual es una garantía que ha gozado de reconocimiento en la historia constitucional chilena y en el ámbito internacional de los derechos humanos. Es por lo anterior que, tanto en la historia constitucional chilena como en el ámbito del estatuto internacional de los derechos humanos, se consagran los principios de laicidad y neutralidad educativa estatal[32].

Corresponde al Estado, qué duda cabe, garantizar el acceso de niños y adolescentes a una educación de calidad, pública o privada. En cuanto al cumplimiento de este deber constitucional, es evidente que el Estado debe no solo garantizar la libertad de enseñanza, sino que ha de abocarse, de manera prioritaria, al desarrollo y robustecimiento de un sistema de educación pública de la más alta calidad. Pero ese deber debe cumplirse siempre con respeto por las garantías y derechos de las personas, que no solo constituyen el límite del actuar estatal, sino que, sobre todo, son su fundamento.

En virtud de estos principios, y en el ejercicio de su poder-deber docente en el ámbito de la educación pública, el Estado debe respetar el derecho preferente educativo de los padres, y no inclinarse por una opción religiosa, política o ideológica determinada. Este es el denominado principio de neutralidad (que se acota como laicidad en lo que respecta al ámbito religioso). Puesto que, para parte importante de la población, la educación pública no es una opción sino una obligación, el sistema plural exige que el Estado no imponga una determinada ideología o creencia a niños y adolescentes que no pueden elegir algo diferente.

Con todo, y dado que un sistema democrático sustantivo no garantiza a las personas derechos individuales de manera absoluta, la Constitución de

[32] La Constitución de 1980, en el número 10 del artículo 19, garantiza a todas las personas: "El derecho a la educación. La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida. Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho [...]". Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, vigente en Chile, señala en su artículo 13 n.° 1: "1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación [...]".

1980, en el inciso 2 del n.º 11 del artículo 19, consagra, en los siguientes términos, los límites a la libertad de enseñanza y, en consecuencia, al ejercicio del derecho educativo preferente de los padres:

> "La libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional [...]".

Esta norma es consistente con las limitaciones que la tradición constitucional chilena ha fijado para la propia libertad de conciencia, y que en el texto de 1980 se encuentran contenidas en el ya citado inciso primero del numeral 6, así como con lo dispuesto en el sistema internacional de derechos humanos.

En este sentido, además de ser indispensable que exista un margen de acción razonable que permita al Estado definir un plan de estudios coherente, debe considerarse también que no cualquier convicción subjetiva de los padres puede considerarse como digna de protección jurídica y, en ese sentido, debe tratarse de convicciones filosóficas, entendidas como opiniones que alcanzan determinado nivel de fuerza, seriedad, coherencia e importancia. De la misma forma, el ejercicio del derecho educativo preferente de los padres no podrá invocarse para contrariar, en términos generales, la moral, el orden público o la seguridad nacional, lo cual, naturalmente, es algo que corresponde al Estado hacer cumplir[33].

[33] Los límites del ejercicio del derecho a la libertad de conciencia y a la libertad de enseñanza serán explícitos cuando surjan directamente del texto de la Carta Fundamental, tal como los señala el artículo 19 n.º 6 y n.º 11, y el artículo 13 n.ºs 1 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Los límites serán implícitos, cuando deriven de la coexistencia con otros derechos o bienes constitucionales. En esta materia el Comité de Derechos humanos de Naciones Unidas ha interpretado que la restricción de la libertad de manifestación de creencias y religión, contemplada en el artículo 18 n.º 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, debe interpretarse de manera estricta: no se permitan limitaciones por motivos que no estén especificados en él, aun cuando se permitan como limitaciones de otros derechos protegidos por el Pacto, tales como la seguridad nacional. Las limitaciones solo se podrán aplicar para los fines con que fueron prescritas y deberán estar relacionadas directamente y guardar la debida proporción con la necesidad específica de la que dependen. No se podrán imponer limitaciones por propósitos discriminatorios ni se podrá aplicar de manera discriminatoria. La moral a que se refiere tal disposición es la moral social o moralidad pública es el conjunto de reglas de conducta admitidas en un momento histórico determinado. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha determinado que el concepto de moral se deriva de muchas tradiciones sociales, filosóficas y religiosas, por consiguiente, las limitaciones impuestas a la libertad de manifestar las creencias o la religión con el fin de proteger la moral deben basarse en principios que no se deriven exclusivamente de una sola tradición. El concepto de buenas costumbres tiene relación con el ámbito de moralidad en el ámbito específico de la dimensión sexual. Y se refiere a los valores imperantes en la materia

Finalmente, y muy vinculado a lo anterior, no resulta adecuado entender la neutralidad estatal como sinónimo de una especie de estructura carente de contenido moral o ético. Aun más, se plantea que, en la sociedad abierta, plural y multicultural, el elemento espiritual aglutinador de la diversidad, corresponde precisamente a la adhesión colectiva al sistema democrático formal y representativo, donde se reconocen y garantizan las libertades y derechos de las personas, y donde ellas participan de su propio gobierno por medio de las autoridades elegidas de forma democrática, como forma de organización política[34].

Se trata, en consecuencia, de aceptar la adopción de nuevos elementos de cohesión social, lo que Jürgen Habermas llama "la cultura política como denominador común del patriotismo constitucional"[35] Y al respecto, como señalamos, es natural que el respeto por ese "*ethos democrático*", por esa forma de democracia formal representativa, constituya un límite aceptable a la libertad de enseñanza y como correlato de lo anterior, un valor al que la educación pública pueda adherir sin por ello acusársele de incumplir el principio de neutralidad al que se encuentra sujeta.

Pero, por lo mismo, tampoco es razonable entender que la neutralidad estatal, en el contexto de una sociedad democrática, consista en "la imposición por parte del Estado de una disimulada uniformidad de pensamiento único"[36]. Se trata más bien de la opción estatal por una neutralidad abierta fundada en la promoción, por parte de los poderes públicos, de la libertad. En otras palabras, si la neutralidad estatal se entiende como fin y razón de la actividad del Estado, acabará conformando una sociedad ideológicamente igualitaria, uniforme y unitaria; por el contrario, si aquella se asume como garantía de positiva neutralidad estatal, el propio Estado contribuirá a la consolidación y desarrollo de una sociedad libre y plural, fuertemente unida en la diversidad.

---

en una sociedad concreta. El concepto de salud pública se refiere a la salud del conjunto de la sociedad y no de uno de sus miembros en particular, la que se encuentra regulada legalmente en los diversos ordenamientos jurídicos. El concepto de orden público constituye un concepto jurídicamente indeterminado, en la medida que ha sido entendido en diversos sentidos; uno de ellos es el que lo define como el conjunto de condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre un sistema de valores y principios jurídicos dentro de un Estado constitucional democrático, lo que se acerca al concepto de orden constitucional. En otra perspectiva, más estricta, se asimila a la tranquilidad y seguridad de las personas y cosas, lo que implica una regulación jurídica razonable que proteja dichos valores y principios. Dicho concepto también es histórico o diacrónico, por lo cual evoluciona; además debe ser constitucionalmente interpretado junto con los demás valores y principios constitucionales en una interpretación finalista y unitaria del texto constitucional.

[34] Castro (2008), p 298.

[35] Habermas (1990), p. 628.

[36] Calvo (2010), p. 333.

Más que un concepto filosófico o jurídico, la neutralidad estatal es un modo de ser, una manera de enfrentar y analizar las cuestiones fundamentales de la vida personal y social. Citando a Arturo Calvo:

> "Consiste en la actitud personal que capacita y posibilita para articular el propio pensamiento, ateo, religioso, marxista, espiritualista, según principios hermenéuticos lógicos que, en su propia coherencia metodológica interna, no pueden estar condicionados por ninguna fe, por ningún sentimiento o interés de la afectividad o de la ideología, pues, en tal caso, siempre se caerá en el 'oscurantismo confesional', cualquiera sea su raíz, religiosa o laicista"[37].

La neutralidad o es sinónimo de tolerancia o no es nada. A propósito de la laicidad, pero siendo la reflexión totalmente aplicable en materia de neutralidad ideológica, Arturo Calvo acota:

> "Ser laico es estar siempre dispuesto a dudar metódicamente de las propias certezas, al tiempo que se es capaz de creer radicalmente en determinados valores sabiendo que existen otros que deben ser respetados aun cuando no se esté dispuesto a compartirlos; es poseer la capacidad de distinguir el pensamiento y los sentimientos auténticos de las convicciones fanáticas y de las viscerales reacciones emotivas; es sentirse libre tanto del absoluto de la idolatría como del de la desacralización, ambas serviles y coactivas. El auténtico laico tiene siempre presente que el intolerante puede ser cerradamente clerical o facciosamente laicista, ambos, en definitiva y simultáneamente, radical y esencialmente antilaicos".

En este sentido, la laicidad religiosa y la neutralidad pluralista del Estado de derecho democrático no ha de plantearse como un fin de la comunidad política o social, sino como límite para el respeto del ejercicio de la libertad religiosa, ideológica y de conciencia, frente al posible intervencionismo de un Estado ético o ideológico.

En efecto:

> "El pluralismo y el deber de neutralidad ideológica del Estado vetan el proselitismo en relación con aquellas cuestiones respecto a las cuales no existe un generalizado consenso moral en la sociedad; estas son cuestiones que pertenecen al ámbito del libre debate en la sociedad civil, donde no se da la relación vertical profesor-alumno, y por supuesto al de las conciencias individuales"[38].

[37] Calvo (2010), p. 336.
[38] Ansuátegui (2011), p. 152.

D. Límites jurídicos implícitos en la neutralidad estatal

De lo expuesto resulta posible advertir que la libertad de enseñanza, por una parte, y la acción educativa estatal neutral, por la otra, actúan como contrapesos recíprocos en el sistema democrático, para velar por el respeto de la libertad de pensamiento de niños y adolescentes.

Desde una perspectiva jurídica, esto significa que el Estado debe ejercer su papel docente con pleno respeto por la libertad de enseñanza y el derecho educativo preferente de los padres. Toda acción estatal que busque torcer las exigencias de neutralidad que el sistema democrático impone a la educación pública para el respeto de la libertad de conciencia, consiste en una vulneración de los derechos humanos. Esta interdependencia de garantías, esto es, libertad e igualdad como fundamento del pluralismo, y este, a su vez, como sustento de la libertad de pensamiento y conciencia, de enseñanza, y del derecho educativo preferente de los padres; es, en su conjunto, un marco ético al que debe ceñirse todo orden jurídico que aspire a ser real, y no solo nominalmente democrático.

Por su parte, el ejercicio del derecho educativo preferente de los padres no puede legítimamente contrariar a la moral, el orden público, la seguridad nacional, ni tampoco contrariar lo que hemos denominado como el "*ethos democrático*" del Estado de derecho, que se identifica, según señalamos, con la adhesión a la democracia formal y representativa.

Esta correspondencia entre la legitimidad de ejercicio de las libertades de conciencia y enseñanza, por una parte, y los límites al accionar del Estado para el respeto de los principios de neutralidad y laicidad, hace que ambas instituciones se tensionen y, en ocasiones conflictúen hasta llegar a la judicialización de las disputas. Estas discusiones jurídicas han sido abordadas con especial profundidad por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)[39], el cual, pese a su acotado ámbito de competencia regional, ha sido especialmente influyente en el desarrollo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[40].

[39] El Tribunal Europeo de Derechos Humanos es un tribunal internacional creado por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, más conocido como Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH). Su función principal es recibir las denuncias de personas que consideren que sus derechos humanos reconocidos en la CEDH o sus protocolos adicionales han sido violados por algún Estado miembro del Consejo de Europa (artículos 19 y 34).

[40] Los casos relevantes se han planteado bajo el formato de la objeción de conciencia por parte de apoderados respecto de ciertos contenidos de los programas vigentes de los sistemas estatales públicos de educación en países de la Unión Europea. Los casos más citados a

De la revisión de los casos más emblemáticos discutidos en el TEDH, es posible extraer los siguientes principios jurisprudenciales:

1. El Estado debe respetar las convicciones, tanto religiosas como filosóficas, de los padres en el conjunto del programa de la enseñanza pública.
2. La responsabilidad de definir y elaborar los programas de estudio es del Estado, y el Estado no está impedido de difundir conocimientos que puedan tener, directa o indirectamente, carácter religioso o filosófico.
3. Los padres no pueden oponerse a la integración de la enseñanza o educación en el programa escolar, pues, de lo contrario, la educación institucionalizada podría volverse impracticable.
4. Por el contrario, la exigencia implícita en la norma internacional europea, es que el Estado, al proveer de educación, difunda los conocimientos "de manera objetiva, crítica y pluralista". Por consiguiente, se prohíbe al Estado perseguir una finalidad de adoctrinamiento que pueda ser considerada como no respetuosa de las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Aquí se encuentra el límite que no debe ser sobrepasado.
5. El tribunal valora que el Estado permita que los padres envíen a sus hijos a escuelas particulares, altamente subsidiadas o, incluso, instruirlos en su domicilio.
6. La expresión "convicciones filosóficas" de la norma internacional europea tiene dos límites relevantes:
   a) Por "convicciones", no se refiere a cualquier opinión o ideal, como sí los hace la garantía de la libertad de expresión, sino que se refiere, "la opinión que alcanza determinado nivel de fuerza, seriedad, coherencia e importancia" y
   b) El contenido de dichas convicciones, se limita a aquellas compatibles con una sociedad democrática. En este sentido, la expresión "convicciones filosóficas" se refiere a convicciones merecedoras de respeto en una sociedad democrática, que no son incompatibles con la dignidad humana y, además, no se oponen al derecho fundamental del niño a la instrucción.
7. A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción, y el Estado debe respetar "el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas".

este respecto son Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca (1976), Campbell y Cosans contra el Reino Unido (1982), Folgero y otros con Noruega (2007) y Hasan y Eylem con Turquía (2007).

> Esto significa que el derecho de los padres debe entenderse como una garantía de pluralismo en el modo en que el Estado satisfaga el derecho a la educación. O sea, se trataría de una garantía contra el adoctrinamiento filosófico-moral del educando, y no un derecho subjetivo a la objeción de conciencia. Esta interpretación se apoya en la necesidad de proteger la posibilidad de un pluralismo educativo, esencial en la preservación de la "sociedad democrática". Este objetivo debe ser realizado, en razón del peso del Estado moderno, mediante la enseñanza pública.

Los criterios jurisprudenciales citados, si bien no tienen carácter vinculante para nuestro país, resultan ilustrativos respecto de cómo opera la tensión entre las libertades de conciencia y enseñanza vs. la acción educativa pública de parte del Estado en sistemas democráticos, definiendo en síntesis que la potestad educativa estatal es legítima en cuanto respetuosa de los principios de neutralidad y laicidad, y cuyo el límite concreto está dado por la prohibición de adoctrinamiento estatal. El TEDH omite definir, sin embargo, qué ha de entenderse por neutralidad, laicidad y por adoctrinamiento.

A nuestro juicio, la revisión de los límites jurídicos normativos en el ámbito constitucional y de los derechos humanos, así como del análisis jurisprudencial en materia de libertad de enseñanza y neutralidad estatal docente, permite sostener al menos dos conclusiones fundamentales para definir políticas públicas efectivas de protección al libre pensamiento de niños y adolescentes en la democracia sustantiva.

Primero, los conceptos jurídicos utilizados para construir normativamente el marco de legitimidad de ejercicio de las citadas libertades y principios, son abiertos y generales, y como tales, quedan entregados en cuanto a su interpretación y aplicación concretas, a criterios judiciales y administrativos adoptados por individuos concretos, lo que los hace tener un carácter eminentemente subjetivo.

Segundo, y en virtud de lo anterior, la definición de los contenidos y metodologías educativas en materia de formación ciudadana (y de otros aspectos que correspondan a temáticas sensibles u opinables, de relevancia dentro de la sociedad abierta), deben ser entregados a un organismo profesional, técnico, de rango constitucional y cuyos integrantes sean designados por mecanismos que protejan el pluralismo, encargado de garantizar el respeto por la libertad de pensamiento de niños y jóvenes.

Merced de todo lo anteriormente expuesto, la propuesta constituyente actual que sin más priva a los padres de su derecho deber de orientar la educación de sus hijos, sujetos a los límites propios del Estado de derecho plural y democrático, constituye una decisión normativa inexplicable, que desarticula toda posibilidad de siquiera evaluar alguna neutralidad estatal. El Estado

queda dotado de un poder educativo sin contrapeso, al eliminarse su contraparte o correlato que no es otro que el del papel de la familia en la educación de sus propios hijos. Lo anterior, no hace sino profundizar las suspicacias y cuestionamientos respecto de las verdaderas motivaciones de las incitativas que pretenden radicar en el Estado, sin contrapeso, la definición de los criterios educativos de los niños y adolescentes de Chile.

E. Adoctrinamiento: Límite metajurídico implícito en la neutralidad estatal

La determinación de la frontera entre educación y adoctrinamiento ha sido, y continúa siendo, objeto de estudio por parte de los especialistas en educación en el mundo.

Se han propuesto diversos modelos de análisis, los que se diferencian fundamentalmente en el énfasis dado a uno o más elementos que se definen como característicos del fenómeno adoctrinador. Los elementos que suelen considerarse para estos efectos son: la intención del educador, los contenidos de enseñanza, los métodos de enseñanza y las finalidades u objetivos del proceso didáctico.

Se acostumbra, asimismo, explicar cada uno de estos elementos, mediante la ejemplificación de situaciones de hecho concretas que son manifestaciones de adoctrinamiento en el ámbito educativo.

Así por ejemplo, se señala que es una manifestación de adoctrinamiento, la identificación de los miembros de una nacionalidad, raza, género, grupo o clase social, etc.; con caracteres peyorativos de índole moral, intelectual u otros, y/o el propiciar derechamente el odio contra ese grupo o colectividad. También se identifica como educación adoctrinadora la utilización del proceso de enseñanza-aprendizaje para apoyar una doctrina político-partidista, así como la enseñanza de contenidos a partir de una doctrina considerada única (al rechazar todas las demás *ex ante*), y/o refiriéndose solo a los aspectos positivos de dicha doctrina y/o falseando los hechos sobre los que ella se sustenta. Desde una perspectiva metodológica, se denuncian también como acciones adoctrinadoras, la práctica de propiciar el aprendizaje de contenidos sin cuestionar sus fundamentos, es decir, sin fomentar el pensamiento crítico, la designación de contenidos como científicos, aunque no lo sean, y la selección o énfasis arbitrario de partes determinadas de un plan de estudios con una finalidad ideológica.

Finalmente, existe consenso en que, si bien en teoría todo contenido educativo puede ser objeto de tergiversación caprichosa, es en el área de las creencias personales o colectivas donde existe mayor espacio para la acción adoctrinadora. A este respecto, el adoctrinamiento opta por asignar un valor

objetivo a lo que constituye únicamente una creencia u opinión, fenómeno que es conocido como "dogma".

Así, es posible concluir que el adoctrinamiento educativo, en esencia, supone una enseñanza dogmática, que o, bien, omite toda referencia a visiones alternativas a la propia o, bien, las denuncia como intrínsecamente mentirosas, peligrosas y malintencionadas, tildando a quienes las sustentan como enemigos que se deben combatir. Esto sea, quizá, lo central del adoctrinamiento educativo: No solo asume una opción ideológica como válida, sino que transmite al educando que toda otra opción es perversa, privándolo de la posibilidad de pensar por sí mismo. El adoctrinamiento no busca que el estudiante aprenda a pensar, sino, más bien, lo contrario, necesita que el estudiante no piense para que adopte sin cuestionamientos la doctrina definida como válida y rechace las demás. Finalmente, por su naturaleza y finalidad ideológica, lo más común es que el adoctrinamiento educativo se concentre en contenidos pedagógicos relacionados con aquellos aspectos del conocimiento donde no existe un generalizado consenso moral en la sociedad, según ya hemos expresado[41].

Entendiendo que los conceptos de 'ciudadanía' y 'democracia' son construcciones sociales, y como tales, sus contenidos son objeto de arduos debates intelectuales y políticos, resulta evidente que la asignatura escolar de formación ciudadana es blanco directo de cualquier iniciativa adoctrinadora de parte del Estado que incumpla su deber de neutralidad educativa.

La propia discusión conceptual a la que se refiere el presente trabajo, donde existen dos visiones antagónicas sobre las causas de la paradoja entre priorización de la formación ciudadana y aumento de la desafección institucional de niños y jóvenes en Chile, pone de manifiesto el riesgo consustancial de adoctrinamiento ideológico en la definición de contenidos y metodologías de educación cívica pública, sobre todo cuando se enarbola la bandera de la democratización del aula y, al mismo tiempo, se rechaza el "*ethos democrático*" propio de la democracia formal y representativa.

Si tanto quienes sostienen la necesidad de politizar las aulas, como quienes propugnamos una redefinición de la formación ciudadana a partir de un énfasis en los deberes cívicos y en los valores de la democracia formal y representativa, estamos de acuerdo en la relevancia de este tema, así como en el hecho de que ambas visiones nos percibimos recíprocamente con recelo y suspicacia, resulta de toda lógica coincidir en la necesidad de contar con un ente técnico, profesional e independiente, y de rango constitucional, a cargo de definir el currículo y la metodología de la formación ciudadana escolar en Chile.

Por el contrario, la insistencia en elevar a rango constitucional la educación cívica, y en consagrar el principio de autonomía progresiva de niños y ado-

[41] Ansuátegui (2011), p. 152.

lescentes, sin contrapeso alguno, es un intento alarmante de vulnerar la neutralidad educativa estatal que no puede ser tolerado.

IV. Conclusiones

De la revisión de los límites jurídicos normativos en el ámbito constitucional y de los derechos humanos, así como del análisis jurisprudencial en materia de libertad de enseñanza y neutralidad estatal docente, es posible sostener al menos dos conclusiones fundamentales para definir políticas públicas efectivas de protección al libre pensamiento de niños y adolescentes en la democracia sustantiva.

Primero, los conceptos jurídicos utilizados para construir normativamente el marco de legitimidad de las citadas libertades y principios, son abiertos y generales, y como tales, quedan entregados en cuanto a su interpretación y aplicación concretas, a criterios judiciales y administrativos adoptados por individuos concretos, lo que los hace tener un carácter eminentemente subjetivo.

Segundo, y en virtud de lo anterior, la definición de los contenidos y metodologías educativas en materia de formación ciudadana (y de otros aspectos que correspondan a temáticas sensibles y opinables de relevancia dentro de la sociedad abierta), deben ser compartidos de manera equilibrada entre los padres, como primeros educadores de sus hijos, y el Estado, en ejercicio de su poder deber de educar en los valores comunes que como sociedad compartimos en un tiempo y espacio determinado. Respecto de este poder estatal, él ha de ser entregado a un organismo profesional, técnico y de rango constitucional, que garantice el respeto por la libertad de pensamiento de niños y jóvenes.

Tanto la revisión de las manifestaciones concretas del adoctrinamiento educativo, así como la consideración de los elementos de análisis de la acción educativa (intención, contenidos, metodología y finalidad), nos permiten entender de mejor forma el adoctrinamiento y, por lo tanto, denunciarlo cuando exista en el aula.

Sin embargo, conocer o, incluso, denunciar el fenómeno no impedirá por sí solo su ocurrencia, porque el agente adoctrinador jamás aceptará su intención o finalidad. En efecto, el adoctrinamiento se define a menudo como la "doctrina del oponente", lo que significa que el agente adoctrinador identificará su doctrina como "real" y "válida" para, posteriormente, considerar cualquier discurso que se le oponga como un discurso de adoctrinamiento.

En este sentido, los sectores que adhieren a la doctrina de la ciudadanía constitucional y la politización del aula, y que propugnan la constitucionalización de la educación cívica, la autonomía progresiva de niños y adolescentes, y la exclusión de los padres como entes educadores frente a una omnipoten-

cia estatal, deben reflexionar con honestidad respecto de su verdadera adhesión al modelo de democracia formal y representativa. La ausencia de dicho proceso reflexivo importa una facilitación del modelo adoctrinador, el cual sabemos empobrece la democracia en cuanto dificulta el proceso deliberativo que le es consustancial. Se torna indispensable, en consecuencia, que diversos sectores alcancen un consenso responsable en cuanto a conceder que dichas materias son susceptibles de ideologización, lo que hace imperativo restituir su natural papel educador a los padres, y entregar la definición e implementación de contenidos y metodologías de educación cívica pública, a un ente técnico, profesional e independiente de rango constitucional, que sea garante de la neutralidad y, con ello, de la democracia.

Bibliografía

Acuña San Martín, Marcela (2020): "Contenido esencial del derecho-deber de cuidado personal de los hijos". *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 33, n.º 1, pp. 75-95. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502020000100075 [fecha de consulta: Mayo 2022].

Ansuátegui Roig, Francisco Javier (2011): "Educación en valores democráticos y objeción de conciencia", en Mª. Isabel Garrido Gómez y María del Carmen Barranco Avilés (eds.). *Libertad ideológica y objeción de conciencia: pluralismo y valores en derecho y educación* (Madrid, Dykinson).

Arlettaz, Fernando (2015): "Religión, esfera pública, mundo privado. La libertad religiosa y la neutralidad del Estado en las sociedades secularizadas". (Universidad de Zaragoza, Zaragoza). Disponible en https://books.google.cl/books?id=7Oz9DAAAQBAJ&lpg=PA9&ots=EeHPcq5l_V&dq=info%3AeBYeLb4jn0IJ%3Ascholar.google.com&lr&pg=PA10#v=onepage&q&f=false [fecha de consulta: Mayo 2022].

Biblioteca del Congreso Nacional Chileno/ Colección Senado (2020): "Horizontes y Propuestas para transformar el sistema educativo chileno". Disponible en https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/78612/3/LIBRO_HORIZONTES_FINAL_5_MARZO.pdf [fecha de consulta: Mayo 2022].

Calvo Espiga, Arturo (2010): "Laicidad del Estado y ordenamiento jurídico: Libertad vs. uniformidad. El caso español". *Ius et Praxis*, nº 1. Disponible en www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/viewFile/170/163 [fecha de consulta: Mayo 2022].

Castro Jover, Adoración (2008): "Los valores de la democracia y educación para la ciudadanía". *ADEE*, vol. xxiv. Disponible en www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-E-2008-10029100312_ANUARIO_DE_DERECHO_ECLESI%C3%81STICO_Los_valores_de_la_Democracia_y_Educaci%C3%B3n_para_la_Ciudadan%C3%ADa [fecha de consulta: Mayo 2022].

Celador Angón, Óscar (2011): "Ideología y escuela pública en la jurisprudencia del TEDH". *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 17. Disponible en file:///Users/fernandagarcia/Downloads/Dialnet-IdeologiaYEscuelaPublicaEnLaJurisprudenciaDelTEDH-3774209.pdf [fecha de consulta: Mayo 2022].

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013): "El derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas". *UNICEF* (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54/13). Disponible en www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9526.pdf [fecha de consulta: Mayo 2022].

Dworkin, Ronald (1977): *Taking rights seriously* (Boston, Massachusetts, Harvard University Press).

Espejo Yaksic, Nicolás (2014): "El derecho a la educación en el derecho internacional de los derechos humanos". *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, n.º 1, vol. 1 (Universidad de Chile), 1er semestre, pp. 20-35.

Espejo Yaksic, Nicolás (2017a): "El reconocimiento de la infancia y de los derechos de los niños en la Constitución Política de la República", UNICEF. *Constitución política e infancia Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile* (Santiago, UNICEF), pp. 11-43.

Espejo Yaksic, Nicolás (2017b): "El derecho a la vida familiar, los derechos del niño y la responsabilidad parental", en Fabiola Lathrop y Nicolás Espejo (coords.). *Responsabilidad parental* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 33-52.

Espejo Yaksic, Nicolás (2020): "Derechos de los niños, niñas y adolescentes", en Pablo Contreras y Constanza Salgado (eds.). *Curso de derechos fundamentales* (Valencia, Tirant lo Blanch). Disponible en www.researchgate.net/publication/343141183_Derechos_de_los_ninos_ninas_y_adolescentes [fecha de consulta: Mayo 2022].

García-Antón Palacios, Elena (2018): "La objeción de conciencia a determinados contenidos docentes: un estudio de derecho comparado" (Estados Unidos, Canadá, España y Jurisprudencia de Estrasburgo), (Universidad Complutense de Madrid). Disponible en https://eprints.ucm.es/id/eprint/48028/1/T40024.pdf [fecha de consulta: Mayo 2022].

Gazmuri, Renato y María Isabel Toledo (2020): "La urgencia de la educación de la ciudadanía en tiempos del Estado evaluador: propuestas a la política educativa para democratizar las escuelas", en *Horizontes y propuestas para transformar el sistema educativo chileno* (Santiago, Ediciones Biblioteca del Congreso Nacional de Chile).

Gómez Sánchez, Yolanda (2008): "Libertad religiosa y derecho a la educación: un comentario sobre la asignatura 'Educación para la ciudadanía y derechos humanos' ". *ADEE 24*. Disponible en www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-E-2008-10031300336_ANUARIO_DE_DERECHO_ECLESI%C3%81STICO_Libertad_religiosa_y_derecho_a_la_educaci%C3%B3n:_un_comentario_sobre_la_asignatura_%22Educaci%C3%B3n_para_la_Ciudadan%C3%ADa_y_los_Derechos_humanos%22 [fecha de consulta: Mayo 2022].

HAMMER, Leonard (2001): *The International Human Right to Freedom of Conscience* (London, Darmouth Publishing Ltd.).

HABERMAS, Jürgen (1990): "Ciudadanía e identidad nacional", en Jürgen HABERMAS. *Facticidad y validez* (Madrid, Ed. Trotta, 4ª edición).

LABORATORIO CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES (2019): "Jóvenes y participación: entre el miedo y la emoción". Disponible en file:///Users/fernandagarcia/Documents/UDD/REVISTA%20ACTUALIDAD%20JURI%CC%81DICA/DERECHOS%20NNA/UDP%20Jovenes-participacion-sintesis.pdf [fecha de consulta: Mayo 2022].

LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, Ángel (2008): "La objeción de conciencia a la Educación para la Ciudadanía ante los Tribunales Superiores de Justicia". *RGDCDEE*, n.º 17. Disponible en www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=2&numero=17 [fecha de consulta: Mayo 2022].

LOVERA PARMO, Domingo (2017): "Ciudadanía constitucional de niños, niñas y adolescentes", en UNICEF. *Constitución política e infancia. Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile* (Santiago, Fondo de la Naciones Unidas para la Infancia). Disponible en www.unicef.org/chile/media/1381/file/constitucion_politica_e_infancia.pdf [fecha de consulta: Mayo 2022].

LLANO TORRES, Ana (2007): "Qué educación y qué ciudadanía necesitamos: el reto de una nueva laicidad". *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 8. Disponible en http://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/view/ANDH0707110261A [fecha de consulta: Mayo 2022].

MARTÍ SÁNCHEZ, José María (2007): "La 'Educación para la Ciudadanía'. Ley Orgánica 2/2006, de Educación". *ADEE 23*. Disponible en www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-E-2007-10021100255_ANUARIO_DE_DERECHO_ECLESI%C3%81STICO_La_%22Educacion_para_la_Ciudadan%C3%ADa%22 [fecha de consulta: Mayo 2022].

MESEGUER VELASCO, Silvia (2015): "Family and Religion. Limits to Public school Indoctrination", in Monserrat GAS AIXENDRI and Rita CAVALOTTI. *Family and sustainable development* (Navarra, Thomson Reuters Aranzadi).

MEZA-LOPEHANDÍA G., Matías (2015): "El derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos: Convenciones internacionales y jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos". Disponible en https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/22371/1/FINAL%20-%20Objeci%C3%B3n%20de%20conciencia%20y%20educaci%C3%B3n.pdf [fecha de consulta: Mayo 2022].

MOMANU, Mariana (2012): "The Pedagogical Dimension of Indoctrination: Criticism of Indoctrination and the Constructivism in Education". *Meta: Research in Hermeneutics, Phenomenology and Practical Philosophy*, vol. IV, No. 1 (June), pp. 88-105). Disponible en www.metajournal.org [fecha de consulta: Mayo 2022].

MORENO ANTÓN, María (2008): "La educación para la ciudadanía en clave jurídica". *ADEE*, vol. XXIV. Disponible en www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_de-

recho/abrir_pdf.php?id=ANU-E-2008-10041100426_ANUARIO_DE_DERECHO_ECLESI%C3%81STICO_La_Educaci%C3%B3n_para_la_Ciudadan%C3%ADa_en_clave_jur%C3%ADdica [fecha de consulta: Mayo 2022].

Moreno Mozos, María del Mar (2008): "Educación para la ciudadanía: ¿Enseñanza de la Constitución y los derechos humanos?". *ADEE*, vol. xxiv. Disponible en www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-E-2008-10042700448_ANUARIO_DE_DERECHO_ECLESI%C3%81STICO_Educaci%C3%B3n_para_la_Ciudadan%C3%ADa:_%C2%BFEnse%C3%B1anza_de_la_Constituci%C3%B3n_y_los_Derechos_humanos? [fecha de consulta: Mayo 2022].

Nogueira Alcalá, Humberto (2006): "La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno". *Ius et Praxis*, vol. 12 (2), pp. 13-41.

Nogueira Alcalá, Humberto (2008): "El derecho a la educación y sus regulaciones básicas en el derecho constitucional chileno e internacional de los derechos humanos". *Ius et Praxis*, vol. 14 (2), pp. 206-269. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v14n2/art07.pdf [fecha de consulta: Mayo 2022].

Otaduy Guerin, Javier (2006): "Neutralidad ideológica del Estado y del sistema educativo público", en AA.VV. *Jornada de Estudio sobre Educación para la ciudadanía, Conferencia Episcopal Española* (Madrid). Disponible en file:///Users/fernandagarcia/Downloads/Otaduy_J_neutralidad_del_estado_y_del_si.pdf [fecha de consulta: Mayo 2022].

Prieto Sanchís, Luis (2009): "Educación para la ciudadanía y objeción de conciencia", *Persona y Derecho*, n.º 60. Disponible en https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/17490/1/ContentServer7.pdf [fecha de consulta: Mayo 2022].

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2015): "Tiempo de politización". Disponible en www.cl.undp.org/content/chile/es/home/library/human_development/los-tiempos-de-la-politizacion.html [fecha de consulta: Mayo 2022].

Raz, Joseph (1984a): *The morality of freedom* (Oxford, Clarendon Press).

Raz, Joseph (1984b): "Legal rights". *Oxford Journal of Legal Studies*, No. 4, pp. 1-21.

Raz, Joseph (1995): "Rights and politics". *Indiana Law Review*, No. 71, pp. 27-44.

Ruano Espina, Lourdes (2008): "Objeción de conciencia a la educación para la ciudadanía". *RGDCDEE*, n.º 17. Disponible en www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=2&numero=17 [fecha de consulta: Mayo 2022].

Ruano Espina, Lourdes (2014): "Objeciones de conciencia en la educación pública. El conflicto judicial para las familias", en Irene Briones Martínez (coord.). *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia* (Madrid, Dykinson).

Rodrigo Lara, María Belén (2004): *La libertad de pensamiento y creencias de los menores de edad* (Madrid, Universidad Complutense de Madrid). Disponible en https://eprints.ucm.es/id/eprint/5448/1/T27514.pdf [fecha de consulta: Mayo 2022].

Sartori, Giovanni (2017): *¿Qué es la democracia?* (Barcelona, Taurus).

Silva Bascuñan, Alejandro (2006): *Tratado de derecho constitucional*, Tomo xi (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Smart, Patricia. (1973): "The concept of indoctrination", in Glenn Langford and D. J. O'Connor (eds.). *New essays in the philosophy of edu-cation*, pp. 33-46 (London and Boston: Routledge & Ke-gan Paul). Disponible en http://ndl.ethernet.edu.et/bitstream/123456789/22961/1/204.pdf.pdf [fecha de consulta: Mayo 2022].

Temperman, Jeroen (2010): "State Neutrality in Public School Education: An Analysis of the Interplay Between the Neutrality Principle, the Right to Adequate Education, Children's Right to Freedom of Religion or Belief, Parental Liberties, and the Position of Teachers". *Human Rights Quarterly*, vol. 32.

Urbinati, Nadia (2017): *La democracia representativa. Principios y genealogía* (Buenos Aires, Prometeo Libros).

Verdugo, Mario, Emilio Pfeffer y Humberto Nogueira (1994): *Derecho constitucional*, Tomo ii (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Vivanco Martínez, Ángela (2006): *Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*, Tomo ii (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).

Wilson, John. (1972): "Indoctrination and rationality", in Ivan A. Snook (ed.). *Concepts of indoctrination: Philosophical essays*, pp. 17-24. (London and Boston: Routledge & Kegan Paul). Disponible en http://ndl.ethernet.edu.et/bitstream/123456789/23061/1/238.pdf.pdf [fecha de consulta: Mayo 2022].

Withe, John P. (1972): "Indoctrination without doctrines?", in Ivan A. Snook (ed.). *Concepts of indoctrination: Philosophical essays*, pp. 190-201. (London and Boston: Routledge & Kegan Paul). Disponible en http://ndl.ethernet.edu.et/bitstream/123456789/23061/1/238.pdf.pdf [fecha de consulta: Mayo 2022].

Otros documentos

Actas CENCP: Actas oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión n.° 130.

Normativa y tratados internacionales

Asamblea General de la ONU. Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965.

Asamblea General de la ONU. Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. ONU Doc. A/34/46, entrada en vigor 3 de septiembre de 1981.

Asamblea General de la ONU. Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza. París, 14 de diciembre de 1960. Asamblea

General de la ONU. Convención sobre los Derechos del Niño, A.G. res. 44/25, anexo, 44 U.N. GAOR Supp.(No. 49) p. 167, ONU Doc. A/44/49 (1989), entrada en vigor 2 de septiembre de 1990.

Asamblea General de la ONU. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (ILO No. 169), entrada en vigor 5 de septiembre de 1991.

Asamblea General de la ONU. Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948.

Asamblea General de la ONU. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, aprobada el 16 de diciembre de 1966.

Asamblea General de la ONU. Protocolo Facultativo o Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (Protocolo de San Salvador), Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

LIBERTAD DE CULTO Y SU ÁMBITO COLECTIVO EN EL FENÓMENO RELIGIOSO: NÚCLEO ESENCIAL DE LA LIBERTAD RELIGIOSA

FREEDOM OF WORSHIP AND ITS COLLECTIVE SCOPE IN THE RELIGIOUS PHENOMENON: ESSENTIAL CORE OF RELIGIOUS FREEDOM

Joaquín Palma Cruzat[*]

Resumen: El libre ejercicio de todos los cultos como un elemento esencial de la libertad religiosa ha sido objeto de análisis a partir de sus restricciones a raíz de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19. En este contexto, el presente trabajo busca delimitar el contenido de la libertad de cultos como parte de la dimensión colectiva de la libertad religiosa y, asimismo, establecer cómo los poderes públicos deben enfrentar el fenómeno religioso comunitario para evitar afectar así su contenido esencial como derecho fundamental.

Palabras claves: Libertad religiosa, libertad de culto, fenómeno religioso, res tricción de derechos fundamentales.

Abstract: The free exercise of all religions as an essential element of religious freedom has been the subject of different analyses based on its restrictions in the context of the pandemic caused by the COVID-19. In this context, the present work seeks to delimit the content of the liberty of every worship as part of the collective dimension of religious freedom and how the public powers must face the community religious phenomenon in order to avoid any harm to its essential content as a human right.

---

[*] Magister (c) en Derecho con mención en Derecho Constitucional, LL.M., Pontificia Universidad Católica de Chile. Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomado en Estudios de la Religión, Facultad de Teología, PUC. Profesor de Derecho Político y Constitucional, Universidad Finis Terrae. Correo electrónico: jpalma3@uc.cl

Agradezco sinceramente el apoyo y los comentarios de Juan Hurtado T. y Cristóbal Lecaros T.

Keywords: Religious freedom, freedom of worship, religious phenomenon, human rights restrictions.

I. Introducción

Sin duda, la pandemia provocada por el coronavirus SaRs-COV-2 o COVID-19 ha suscitado una serie de debates que han estremecido la arena jurídica. Entre los diversos aspectos que han sido sometidos a discusión se encuentran aquellos relativos a la adaptación y limitación de las libertades públicas de las personas en contextos de alerta sanitaria y estados de excepción constitucional. De este modo, uno de los derechos que ha sido objeto de mayor análisis, a raíz de diferentes sentencias dictadas por los máximos tribunales del país, es la libertad religiosa, específicamente en su vertiente colectiva y de manifestación externa de ritos y actuaciones de personas y grupos religiosos, conocidos también como los 'cultos'.

Desde luego, la manifestación de todas las creencias y el libre ejercicio de todos los cultos no constituyen en términos abstractos derechos absolutos. Al contrario, estos derechos se encuentran sometidos a diferentes tipos de restricciones impuestas por el propio ordenamiento jurídico. Por de pronto, el mismo artículo que consagra estas garantías constitucionales –el artículo 19 n.º 6 de la Constitución Política de la República– establece que se permite su libre ejercicio mientras "no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público". Luego, una segunda fuente de restricciones a estos derechos se encuentra en las disposiciones constitucionales que instituyen los estados de excepción, en virtud de los cuales puede suspenderse o restringirse el ejercicio de los derechos consagrados por la Carta Fundamental. Por último, esta es una materia que incumbe, asimismo, al derecho internacional, de manera que los tratados internacionales firmados y ratificados por Chile también contienen disposiciones relativas al ejercicio y límites de los derechos en comento. Sin embargo, surgen distintas interrogantes: ¿hasta dónde pueden extenderse estas restricciones?, ¿pueden estas alcanzar el ejercicio colectivo de la libertad religiosa?, ¿es la libertad de culto parte del núcleo esencial e indisponible de la libertad de religión?

Considerando lo anterior, mediante el presente trabajo, se buscará desentrañar la dimensión colectiva del derecho a la libertad religiosa desde una perspectiva de la teoría de la restricción de los derechos fundamentales. Si bien la libertad de cultos es un derecho que tiende a estudiarse en menor medida, si se le compara con los trabajos relativos al ejercicio individual de la libertad religiosa, es posible señalar que esta constituye un elemento de esencial importancia para el desarrollo del fenómeno religioso en las sociedades modernas. En este sentido, la discusión en torno a su limitación –a propósito de las restric-

ciones de movilidad en todo el planeta producto del COVID-19– ha hecho emerger una serie de análisis respecto de aquellas manifestaciones externas y colectivas que implican el ejercicio libre de todos los cultos. Lo anterior, hace necesaria una adecuada revisión de los mecanismos de restricción de este derecho con el objeto de no afectar su contenido esencial.

Para efectos de lo señalado, se procederá primeramente a señalar someramente el contenido del derecho a la libertad religiosa, sus principales características y su descripción desde la doctrina, estableciendo una distinción esencial para este trabajo, que es la división entre la dimensión individual y colectiva de este derecho. Posteriormente, se delimitará el contenido de la libertad de cultos como variante de la libertad religiosa para comprender la dimensión colectiva que este derecho atañe y que constituye, asimismo, su contenido esencial. Por último, se abordarán las temáticas relativas a la restricción de la libertad de cultos, su extensión y cómo el ordenamiento jurídico debe afrontar el fenómeno religioso desde la perspectiva de la limitación a su faz comunitaria.

II. Contenido de la libertad religiosa y sus dimensiones individuales y colectivas

La libertad de religión o religiosa es concebida actualmente como un derecho fundamental de creyentes y no creyentes, recogida en el derecho positivo, cultivada por la doctrina académica e interpretada por la jurisprudencia de los tribunales[1]. De este modo, la libertad religiosa se configura como un derecho fundamental de aplicación inmediata y como un principio básico del sistema político y jurídico en materia de libertades y de la dignidad de la persona humana. En este orden de ideas, el reconocimiento normativo de la libertad religiosa origina el despliegue de una serie de derechos individuales derivados que, en tanto sean expresiones características de esta libertad, se integran en su contenido esencial[2]. Varios de estos derechos derivados poseen una clara proyección pública o social, pero todos se atribuyen de forma indistinta a todas las personas dada su inherente sujeción a la dignidad humana[3]. En este mismo sentido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno ha reconocido que el respeto de la libertad de conciencia supone, entonces, el reconocimiento de la facultad de las personas para buscar la verdad, manifestar o exteriorizar sus ideas, lo que remite a la libertad de expresión y la libertad de asociación[4].

[1] Alvear (2013), p. 23.
[2] Porras (2014), p. 34.
[3] Tribunal Constitucional de España (1984), F.j. 3ª.
[4] Tribunal Constitucional (2006), TSTC 564, c. 30.

Entre estos derechos pueden mencionarse –a lo menos con carácter ilustrativo y no taxativo– las facultades que tiene toda persona de profesar la creencia religiosa que libremente elija, no profesar ninguna o abandonar y cambiar la creencia religiosa que hubiere preferido; practicar, en público o en privado, de forma individual o colectiva, actos de oración y de culto; conmemorar sus festividades y celebrar sus ritos; recibir asistencia religiosa de la propia confesión; recibir e impartir enseñanza o información por cualquier medio y reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar, con alcance comunitario, las actividades religiosas de conformidad con el ordenamiento jurídico[5].

Como derecho fundamental, la libertad religiosa constituye, entonces, un elemento de configuración social y cívica en la que se contiene una definición de Estado. Desde esta perspectiva, la libertad religiosa representa un estándar de conducta dirigido a un postulado de justicia que vincula en su acción a los poderes públicos. Por consiguiente, la libertad religiosa supone para estos últimos una posición de escrupuloso respeto, esto es, proteger y garantizar el pluralismo ideológico y religioso de manera tal que puedan coexistir creencias religiosas o filosóficas diversas, así como grupos religiosos o filosóficos diferentes. Asimismo, es deber del Estado erradicar situaciones de privilegio entre las diferentes creencias, salvo aquellas establecidas legalmente y que resulten necesarias para el desarrollo de una sociedad democrática[6], siendo esta uno de los

[5] Para una mayor ilustración, véase el texto de la Ley n.° 19638, publicada en el *Diario Oficial de la República de Chile,* Santiago, 14 de octubre de 1999. Aunque el título de tal cuerpo legal es el de *Normas sobre la Constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas*, el texto de la misma demuestra que su objeto es más amplio y sustantivo. Cea (2012), p. 233.

[6] López (2008), p. 33. La expresión situaciones de privilegio establecidas legalmente, se encuentra referida a ciertos beneficios que la ley señala en relación con la influencia que una determinada creencia o fe tenga en una sociedad. En el caso chileno, puede hacerse referencia al artículo 20 de la Ley n.° 19638, cuando el "Estado reconoce el ordenamiento, la personalidad jurídica, sea ésta de derecho público o de derecho privado, y la plena capacidad de goce y ejercicio de las iglesias, confesiones e instituciones religiosas que los tengan a la fecha de publicación de esta ley, entidades que mantendrán el régimen jurídico que les es propio, sin que ello sea causa de trato desigual entre dichas entidades y las que se constituyan en conformidad a esta ley". En este aspecto, creencias religiosas a que hacía referencia dicha norma son la Iglesia católica que detenta esa calidad en virtud de la Constitución y a la Iglesia católica apostólica ortodoxa del patriarcado de Antioquia reconocida legalmente, Celis *et al.* (2010), p. 224. Si se trata de personas jurídicas públicas reconocidas en virtud de la Ley n.° 19638, se debe estar a lo dispuesto por el Reglamento para el Registro de entidades religiosas de derecho público. En el caso de la Iglesia católica, la doctrina considera que la naturaleza jurídica de persona jurídica de derecho público no ha variado luego de la separación de la Iglesia y Estado en 1925, ni se ha visto afectada por la Ley n.° 19638, Precht (2005), p. 111. En el caso de la Iglesia ortodoxa, se le reconoció en virtud de la Ley n.° 17725 (*Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 25 de septiembre de 1972).

cimientos que precisamente constituyen el Estado constitucional y democrático de derecho[7].

De esta forma, la asunción por parte del Estado de la libertad religiosa como principio informador de un orden de libertades conlleva una doble garantía: negativa, la primera, y positiva, la segunda. Desde su aspecto negativo, el principio de libertad religiosa supone un freno a la injerencia de los poderes públicos en materia religiosa, tanto en orden a imponerse mediante la coacción a los individuos como en orden a coexistir o concurrir con estos como cotitulares ante el acto de fe o en la práctica de la fe religiosa, las creencias o las convicciones[8]. Por su parte, desde una perspectiva positiva, la libertad de religión conlleva una segunda garantía imponiéndole un deber al Estado de promoción de la diversidad y pluralidad de cultos, en un contexto de convivencia pacífica, así como el libre desarrollo de las creencias tanto en el espacio público como en el privado.

1. Tratamiento de la libertad religiosa en la Constitución Política de la República y el tratamiento de la dimensión colectiva de la misma en la libertad de cultos

Ahora bien, es del caso señalar que, en el ordenamiento chileno, la libertad religiosa se encuentra consagrada en el ámbito constitucional en el artículo 19 n.º 6 de la Carta Fundamental, el que asegura:

> "La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el libre ejercicio de todos los cultos que no se opongan a la moral, las buenas costumbres o al orden público".

En este contexto, tres son las garantías específicas que la Constitución establece:

i) la libertad de conciencia;
ii) la manifestación de todas las creencias y
iii) el libre ejercicio de todos los cultos, todas sujetas a los límites que en dicha disposición se establecen[9].

[7] Ruda (2009), p. 237 y Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001), p. 79.º.

[8] Asensio *et al*. (2018), p. 65; López (2008), p. 35.

[9] Sin adentrarse en demasía en el contenido de cada uno de estos derechos, puede señalarse que (i) en el caso de la libertad de conciencia, la disposición constitucional reconoce una libertad que excede a la de la índole solo religiosa, pues se refiere a la conciencia de la persona, por ende, es un poder de autodecisión, coincidente con la personalidad moral imperativa en cuanto regla de vida y de convivencia que fluye de la interioridad del ser humano. Ahora bien,

De esta forma, los tres derechos antes mencionados constituyen, en su conjunto, lo que en doctrina se conoce como libertad religiosa.

En el aspecto aplicable al presente trabajo, la libertad de cultos o su ejercicio libre se consagra como un tercer contenido dentro del derecho fundamental a la libertad religiosa. En este contexto, la expresión 'culto' a que hace referencia la norma constitucional tiene relación con la actuación que una persona o entidad religiosa despliega en pos de la expresión de sus propias creencias y que consiste en una manifestación de índole cultural[10]. En otras palabras, este sustantivo significa el conjunto de actos, ceremonias y ritos con que la persona humana tributa homenaje reverente a Dios o a los bienaventurados. Observamos aquí como se circunscribe, el significado de la libertad religiosa, pues ahora se trata de la profesión pública o exteriorizada del culto y de la adhesión libre a una confesión religiosa, esto es, el rito con el que se expresa una adoración a Dios, así como su alabanza con actos explícitos y en momentos determinados[11].

En este contexto, entre la libertad religiosa y la libertad de cultos existe una relación de género y especie[12]. Como puede apreciarse, la libertad religiosa consiste en aquella garantía en que las personas deben estar inmunes de toda coacción, tanto por parte de otros particulares como por parte de grupos sociales, así como de cualquier potestad humana o pública. Ello, de manera tal que, en lo religioso, no se obligue a nadie a actuar en contra de su conciencia, ni tampoco se le impida actuar conforme a ella en privado o en público, solo o asociado con otros, siempre dentro de los límites debidos[13]. Mientras tanto, la libertad de cultos es definida por el *Diccionario de la lengua española* como el derecho de practicar públicamente los actos de la religión que cada uno profese.

De este modo, la protección jurídica de la libertad de cultos en nuestro derecho constitucional, en cuanto parte esencial de la libertad religiosa, se manifiesta, entonces, en el derecho al libre ejercicio de la religión. A mayor abundamiento, el ejercicio del culto se refiere, de esta forma, a la facultad que toda persona tiene para participar en ceremonias y ritos que pertenezcan a un culto determinado, ya sea como oficiantes o partícipes. En razón de ello, este

(ii) la manifestación de creencias se refiere a la fe o al credo que la persona tiene sobre la divinidad. Se sitúa aquí en un tema más concreto y que se caracteriza por la existencia de una adhesión, íntima y sincera a principios de obediencia. Por último, la libertad de cultos (iii) se hará referencia a su definición en la parte sustantiva del presente trabajo. Cea (2012), p. 230.

[10] Araya (2017), p. 85.

[11] Cea (2012), p. 231. En el mismo sentido, Evans de la Cuadra (1999), p. 264.

[12] Vivanco (2004), p. 400.

[13] Concilio Vaticano II (1965), n.° 2.

ejercicio no implica solo manifestar lo que se cree, sino que, también, intervenir en una serie de actos que significan una profesión de fe, que es parte de los deberes de un creyente para con su propia religión[14].

Entonces, cuando se alude de manera normativa a una manifestación de este carácter, se está haciendo referencia a un aspecto de tipo celebrativo de una creencia que se expresa por medio de actos rituales, colaborativos o culturales, que pretenden transparentar la experiencia de trascendencia[15]. Con esto, la Constitución Política se está refiriendo a todas aquellas actividades de tipo celebrativas y comunitarias que podrán ser ejercidas con plena libertad por cualquiera de los individuos que habitan dentro del territorio nacional. Por tanto, puede señalarse que el derecho a la libertad religiosa –o de cultos como dispone la Carta Fundamental– tiene, en consecuencia, por objetivo la fe y la práctica de la religión en todas sus manifestaciones individuales, asociadas o institucionales, tanto públicas como privadas, con libertad para su enseñanza, predicación, culto, observancia, cambio de religión y de profesión de la misma[16]. Así, se denota una dimensión eminentemente colectiva del derecho a la libertad religiosa expresada a través de protección del libre ejercicio de todo culto.

III. Dimensión colectiva del derecho a la libertad religiosa

La religión es un fenómeno esencialmente colectivo. Corresponde a la persona natural el derecho a profesar una determinada creencia o, bien, a no profesar ninguna. Pero la tenencia de una creencia, en la mayoría de los casos, implica la adhesión a una confesión religiosa. Al mismo tiempo, la manifestación de esas creencias, aun cuando pueda ser individual o privada, siempre acostumbra a adoptar una forma pública y colectiva.

Sin embargo, es difícil establecer de manera precisa el contenido esencial de la libertad religiosa, por cuanto lo religioso es un concepto indeterminado que habrá de construirse a la vista de la práctica cultural y social. De todas formas, es de suyo evidente que el fenómeno religioso no puede concebirse sin su aspecto comunitario. Es decir, los creyentes viven su fe dentro de una colectividad determinada que desborda ampliamente su mera individualidad, y que no constituye solo una manera de ejercer la fe, sino que es la

[14] Vivanco (2004), p. 400.
[15] Tamart (1987), p. 50.
[16] Salinas (2004), p. 94.

única manera revelada de practicar el credo religioso. De esta forma, es dable señalar que el fenómeno religioso se constituye como una actividad esencialmente comunitaria. Por ende, la dimensión colectiva del derecho a la libertad religiosa comprende, en su esencia, la libertad de asociarse para desarrollar comunitariamente actividades religiosas. Así, ella constituye un hecho colectivo público, cuyos cauces de expresión deben estar admitidos y tutelados por el ordenamiento jurídico[17].

En este contexto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 18 establece:

> "La libertad de pensamiento, conciencia y de religión incluye la libertad de manifestar la religión o creencia profesada, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto, y la observancia".

Entonces, si la libertad religiosa comprende el derecho a practicar actos de culto, de aquí se desprende como consecuencia lógica, el derecho a establecer y asistir a lugares de culto, pues el lugar típico para la práctica, fundamentalmente colectiva, de actos religioso-culturales es el templo o lugar de culto[18, 19].

Luego, es del caso mencionar que el derecho colectivo a la libertad religiosa implica también la libertad de divulgar y propagar el propio credo, lo cual es una actividad connatural a las confesiones religiosas. Así, toda restricción de la actividad de las confesiones religiosas destinada a propagar su credo, y a intentar sumar adeptos implica una vulneración de la libertad religiosa, salvo que esté justificada por los límites que establezca el ordenamiento jurídico. De este modo, ilustrativa es la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia del caso Kokkinakis con Grecia, al señalar:

---

[17] Rodríguez (2013), p. 98.

[18] Por otro lado, esta dimensión colectiva de la libertad religiosa implica, asimismo, el derecho de las confesiones religiosas a designar y formar ministros de culto. En este sentido, prácticamente la mayoría de todas las entidades religiosas cuentan con ministros de culto, es decir, personas que en el seno de la confesión están investidas de unas potestades especiales sobre los fieles en materias espirituales. Rodríguez (2013), p. 101. A mayor abundamiento, El derecho de las confesiones religiosas a designar y formar sus ministros de culto constituye una consecuencia del reconocimiento de su autonomía institucional. En este orden de ideas, el artículo 6.g) de la resolución n.º 36/55 de la Asamblea General de Naciones Unidas señala que la libertad religiosa comprende el derecho a "capacitar, nombrar, elegir y designar por sucesión los dirigentes que correspondan según las necesidades y normas de cualquier religión o convicción".

[19] En este mismo sentido, en el punto n.º 4 de la observación general n.º 22, adoptada por el Comité de Derechos Humanos, se afirma: "la práctica de y la enseñanza de la religión o de las creencias incluyen aquellos actos que son parte integrante de la forma en que grupos religiosos llevan a cabo sus actividades fundamentales, como ocurre con la libertad de escoger a sus dirigentes religiosos, sacerdotes y maestros".

> "Si la libertad religiosa se refiere, ante todo, al foro interno, ésta 'implica', particular y especialmente, la libertad de 'manifestar su religión' en público y congregarse con correligionarios para tal efecto. El testimonio, en palabras y actos, se encuentra ligado a la existencia de convicciones religiosas, [...]; además comporta, en principio, el derecho a intentar convencer al prójimo, por ejemplo, mediante la 'enseñanza', puesto que, de lo contrario, 'la libertad de cambiar de religión o de convicción' correría el riesgo de convertirse en letra muerta"[20].

Asimismo, es del caso mencionar también, dentro de los derechos que conlleva el ejercicio colectivo de la libertad religiosa, el derecho de las confesiones religiosas a mantener relaciones con sus propias organizaciones o con otras confesiones religiosas. Esta manifestación de la libertad religiosa constituye otra atribución de las confesiones y es inherente a la autonomía institucional de los grupos religiosos. Así, con el reconocimiento de este derecho se pretende evitar la injerencia de los poderes públicos en la organización de las confesiones religiosas[21]. A mayor abundamiento, este derecho se encuentra reconocido en la resolución n.º 36/55 de la Asamblea General de la ONU, según la cual las confesiones religiosas tienen la libertad de:

> "Establecer y mantener comunicaciones con individuos y comunidades acerca de cuestiones de religión o convicciones en el ámbito nacional y en el internacional"[22].

De este modo, en su concepción externa, la libertad religiosa se transforma en libertad de culto, la que permite el ejercicio de todas las actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, entre ellos la práctica de los actos correspondientes a las ceremonias representativas vinculadas a la respectiva creencia religiosa. Así, la fe trasciende el plano del fuero interno de la persona y se manifiesta socialmente, facultando al creyente para, por ejemplo, concurrir a los lugares de culto, practicar los ritos ceremoniales, desarrollar y exhibir símbolos religiosos, observar las fiestas religiosas, solicitar y recibir contribuciones de carácter voluntario, erigir y conservar templos o iglesias destinadas al culto[23].

De esta forma, es posible observar que la tutela de estos derechos, en general, reviste un carácter de garantías negativas, cuando estas reconocen dere-

[20] Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1993), p. 36.º.

[21] Como, asimismo, prohibir las prácticas regalistas como el antiguo *ius supremae inspectionis*, que permitía al Monarca restringir y controlar las relaciones entre la Santa Sede y las entidades eclesiásticas radicadas en los territorios bajo su jurisdicción. Rodríguez (2013), p. 105.

[22] Naciones Unidas (1993), artículo 6.i).

[23] Nogueira (2018), p. 554.

chos de libertad, aseguradores de un ámbito autónomo de señorío o dominio de la voluntad, que se traduce en un poder de disposición, reconocido a los individuos por el Estado[24]. De esta forma, el poder público debe autolimitarse a fin de que los creyentes puedan realizar sus actividades, de carácter genuinamente religioso, consideradas básicas según el credo que corresponda. No obstante, cuando las mismas libertades no se refieren al acto de fe –vale decir, la creencia interna respecto de una determinada verdad o credo– sino que entran en relación con el culto –manifestación externa de esa creencia– en sus diversas formas, trascendiendo a la esfera privada, debe requerirse del poder estatal una garantía positiva de tales expresiones. Por tanto, es deber del Estado promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos, y de los grupos en que se integra, sean reales y efectivas, debiendo adoptar como parámetros las medidas para garantizar el pleno reconocimiento de la libertad religiosa[25].

Entonces, el contenido del derecho a la libertad de religión no se agota solo en la protección frente a injerencias externas de una esfera de libertad individual que permite a los ciudadanos actuar con arreglo al credo que profesen[26]. Al contrario, de los mencionados derechos derivados, cabe apreciar una dimensión externa de la libertad religiosa que se traduce en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso. Lo anterior, es asumido en este caso por el sujeto colectivo o comunidades y respecto de las que se exige a los mismos poderes públicos una actitud positiva, desde una perspectiva que pudiéramos llamar asistencial o prestacional[27].

Por tanto, la libertad religiosa se caracteriza por presentar dos ámbitos: uno interno y otro externo. En primer lugar, el ámbito interno supone un derecho absoluto, ya que el derecho a tener las propias creencias religiosas –y cambiarlas– no admite restricciones. Por ende, cualquier acción del Estado dirigida a obligar a las personas a tener un determinado pensamiento o creencia, o a revelar las mismas, no puede ser justificada por consideraciones relacionadas con el interés público. Por el contrario, en el ámbito externo, que hace referencia al derecho a manifestar las creencias religiosas propias (por ejemplo, llevando determinadas prendas distintivas), al derecho a enseñarlas y a participar en comunidad, admite limitaciones[28].

[24] Porras (2014), p. 34.

[25] Rodríguez (2013), p. 68.

[26] Tribunal Constitucional de España (1993), F.j. 2.°.

[27] Tribunal Constitucional de España (2001), F.j. 4.°.

[28] Rubio (2006), p. 208. A mayor abundamiento, este derecho se encuentra desarrollado –dentro del ordenamiento nacional– en la Ley n.° 19638, en sus artículos 6.° y 7.°, que

IV. Procedencia de restricciones a la libertad de culto

Llegados a este punto, es posible afirmar que nuestro constituyente recoge –en alguna medida– la unión indisoluble entre libertad religiosa y libertad de culto, en tanto trata ambas cuestiones de manera conjunta, en el mismo inciso, y otorgándoles la misma protección[29, 30]. De esta forma, quien limita la faz comunitaria de la libertad de religión, está muy cerca de afectar en realidad el contenido esencial de esta garantía constitucional y, por ende, muy cerca de violar lo contenido en tratados internacionales que regulan y consagran a la libertad religiosa como un derecho fundamental.

En efecto, en el ámbito internacional, la libertad de conciencia y religión están recogidas en el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos en su artículo 18 n.º 1, el cual dispone:

> "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza".

Por su parte, la Convención Interamericana de Derechos Humanos establece, en su artículo 12 n.º 1:

> "Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado".

Ambos instrumentos, no obstante, disponen también la posibilidad de aplicar restricciones a estos derechos, pero ninguno de los dos permite que el Estado suspenda su ejercicio. Con todo, lo dispuesto en dichas normativas internacionales ha de ser recogido en nuestro propio derecho interno, no solo en aras del

---

permiten, en resumen, la práctica pública o privada, sea individual o colectiva, de los actos y ritos propios de cada confesión.

[29] Esta unión indisoluble se manifiesta en entre la dimensión externa de la libertad religiosa (por cuanto no se considera en este asunto a la libertad de conciencia) y la libertad de cultos como un derecho asociado aquella.

[30] Esto no sucede, por ejemplo, con el derecho a la educación, que se trata separadamente de la libertad de enseñanza, en numerales distintos (artículos 19 n.º 10 y n.º 11, de la Constitución Política de la República) a los que se les otorgan distintas protecciones.

principio de certeza o seguridad jurídica, sino en el cumplimiento de la regla esencial del derecho público, en el sentido de que la autoridad ha de cumplir estrictamente con lo previsto en el artículo 7.° inciso segundo de la Constitución:

> "Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes"[31].

Asimismo, representa un papel fundamental lo dispuesto en el artículo 5.° constitucional cuando se reconocen a los derechos fundamentales que nacen de la naturaleza humana y aquellos reconocidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes como un límite a la soberanía del Estado.

Por otro lado, corresponde reafirmar que los derechos no son absolutos, puesto que ellos se hallan limitados en su ejercicio por los atributos idénticos de los demás derechos a su vez[32]. En este sentido, por ser la libertad de cultos una serie de actos es, al mismo tiempo, una garantía con límites, ya que no puede atentarse contra el ordenamiento jurídico con la excusa de un culto determinado[33]. De este modo es que la Constitución contiene ciertas limitaciones a la libertad religiosa en general, restringiéndola a la moral, el orden público y las buenas costumbres. Sin embargo, los tres límites que el Texto Constitucional establece son conceptos jurídicos indeterminados, lo que acarrea dificultades al interpretar, ya que no todas estas figuras tienen un claro reflejo legal. Es más, las tres causales nombradas se hallan en cláusulas abiertas o como principios indeterminados, ya que su concreción depende de la interpretación y aplicación que se les dé ante hechos comprobados. Sin embargo, tales causales no son copulativas, por lo cual la presencia de una sola de ellas deslegitima el ejercicio del culto respectivo.

En este contexto, el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás en el ejercicio de sus respectivas libertades públicas y derechos fundamentales.

---

[31] Corte Suprema (2021), c. 8.°.

[32] Cea (2012), p. 231. En este contexto, los derechos que son objeto de este estudio son un ejemplo de lo escrito, atendido a que, las tres manifestaciones de la libertad religiosa que señala la Constitución Política de la República se encuentran limitadas por la moral, las buenas costumbres y el orden público.

[33] Vivanco (2004), p. 401. Sin embargo, es del caso hacer presente que la libertad de conciencia, mientras permanezca en el fuero interno del sujeto, resulta imposible de regular por la normatividad positiva. Solo ilegítimamente, a través de la coacción que culmina en tortura, puede ser concebida la exteriorización del secreto de la conciencia y, desde ahí, aplicarle los preceptos jurídicos correspondientes.

Asimismo, su restricción busca la salvaguardia de bienes como la seguridad, la salud y la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por el ordenamiento jurídico en el ámbito de una sociedad democrática[34]. Por ende, es dable afirmar que las manifestaciones externas de la conciencia y de la religión pueden entonces ser objeto de una regulación razonable[35]. En este orden de ideas, los instrumentos internacionales brindan los criterios que hacen legítimas las restricciones que pueden aplicarse a la libertad religiosa en su dimensión colectiva.

En este sentido, el derecho internacional se ha ocupado de señalar bajo qué condiciones son legítimas y razonables las restricciones a la libertad de cultos. Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha prescrito:

> "Estas restricciones deben establecerse con arreglo a ciertos requisitos de forma que atañen a los medios a través de los cuales se manifiestan las condiciones de fondo. Esto es, representadas por los fines que, con tales restricciones, pretenden alcanzarse"[36].

Con ello, la CIDH actúa haciendo aplicable una suerte de test de proporcionalidad siguiendo la doctrina de Robert Alexy.

A mayor abundamiento, el referido Tribunal Interamericano ha prescrito una serie de requisitos para legitimar una restricción a la libertad de cultos. Uno de ellos radica en que las restricciones se consagren mediante una norma de rango legal, es decir:

> "[Una] norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las Constituciones de los Estados parte para la formación de las leyes"[37].

Así lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva n.º 6 de 1986, sustentándose en la constatación de que

[34] Rodríguez (2013), p. 104.

[35] Pinto (2013), p. 104.

[36] Opinión consultiva OC 5/85 del 13 de noviembre de 1985, Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), serie A, n. 5, 1985, párr. 37. Citada en Pinto (2013), p. 104. Por su parte, para el Tribunal de Estrasburgo, la aplicación de los límites a la libertad de cultos (así como a cualquier otro derecho fundamental), en la medida en que supone una injerencia en el ámbito de protección de cada derecho, solo será legítima cuando reúna tres requisitos: estar prevista por la ley, perseguir un fin legítimo y ser necesaria en una sociedad democrática. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1993), p. 36.º y Rodríguez (2013), p. 104.

[37] Opinión consultiva OC 6/86 del 9/5/1986, Corte IDH, serie A, n. 6, 1986, párr. 37.

> "Solo la ley adoptada por los órganos democráticamente elegidos y constitucionalmente facultados, ceñida al bien común, puede restringir el goce y ejercicio de los derechos y libertades de la persona humana"[38].

Por último, la CIDH ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los criterios sustanciales que guían esta restricción. Así, por ejemplo, en su opinión consultiva n.º 5 de 1985, ha expresado:

> "Una acepción posible del orden público dentro del marco de la Convención Americana de Derechos Humanos, hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios. En tal sentido podrían, justificarse restricciones al ejercicio de ciertos derechos y libertades para asegurar el orden público"[39].

1. Contenido esencial de la libertad de cultos como límite a su restricción

Ahora bien, basados en el *iusnaturalismo* clásico, los derechos nacen ajustados, son delimitables e implican deberes correlativos provienen de una misma naturaleza que establece los fines y bienes de todos los seres humanos. Dicha naturaleza es una unidad y no puede contradecirse[40]. Así, pretensiones y derechos no son sinónimos y, por ende, las colisiones solo se dan a nivel de aspiraciones. Dichos conflictos, entonces, serán resueltos determinando el contenido real de cada derecho, de manera que no basta que los órganos judiciales hayan hecho una ponderación de los derechos en conflicto, sino que también les compete realizar una delimitación constitucionalmente adecuada a los mismos[41].

Atendido su carácter de principios fundamentales, los derechos humanos están restringidos y son restringibles, sin embargo, las restricciones a los mismos deben ser, asimismo, restringidas también. De esta forma, una restricción de derechos fundamentales solo es admisible si, en el caso concreto, a los principios contrapuestos les corresponde un peso mayor que aquel que corresponde al principio de derecho fundamental[42]. A mayor abundamiento,

[38] Pinto (2013), p. 104. Por otra parte, la misma Corte señala una diferencia importante con la naturaleza de la "ley" que se adopta para hacer efectivo un derecho (art. 2, de la CADH), la que –sin perjuicio de lo que al respecto disponga el derecho interno– no necesariamente debe reunir estas características. Como ocurre en el caso de la Constitución Política de la República de Chile y la consagración las leyes de quórum especiales para modificar normas relativas a derechos fundamentales, aumentando el estándar señalado por la CIDH.

[39] Opinión consultiva OC 5/85 del 13/11/1985, Corte IDH, serie A, n. 5, 1985, párr. 64.

[40] Bertlensen (2010), p. 26; Serna y Toller (2000), p. 93.

[41] Tribunal Constitucional de España (1981), f.j. 7°.

[42] Alexy (2007), p. 257.

también resulta oportuno recordar que, conforme al criterio constitucional consagrado en el artículo 19 n.º 26 de la Constitución Política, el contenido de los derechos fundamentales –entre ellos, aquellos que nos ocupan en el caso de análisis– nunca pueden ser afectados en su esencia (así como la reserva legal en materia de su regulación y complemento), lo que acontecería si, de manera forzada, se limita de tal manera que se suspenda completamente el ejercicio de la libertad de cultos, por ejemplo, impidiendo la asistencia total a ritos o ceremonias. De este modo, aplicaciones de principios como la proporcionalidad o la razonabilidad (cuyo análisis y estudio exceden los objetivos de este trabajo), que, si bien no aseguran una sola una respuesta para cada caso concreto –como sería el ideal de Ronald Dworkin y su unidad de solución correcta–, imponen al sentenciador la necesidad de fundamentar sus decisiones a la hora de resolver un conflicto normativo que no admite la aplicación de las clásicas herramientas de solución de antinomias (como sucede en el caso en análisis), pues normalmente acontecen entre disposiciones que "dicen mucho al legislador", pero "muy poco al juez"[43].

Así, en nuestro caso de estudio, una manifestación a la que corresponde fijar límites es aquella referida a los denominados sentimientos religiosos, entendidos como el apego a una creencia o idea sentida como parte del ser y que lo impulsan a realizar actos de carácter externo[44]. En este contexto, la Corte Suprema ha reconocido en fallos recientes que la faz comunitaria de la libertad religiosa pertenece al contenido esencial de la misma, donde precisamente se exteriorizan estos sentimientos religiosos. Por tanto, dicho elemento comunitario no puede ser objeto de suspensión completa al ser parte del contenido esencial de la libertad de culto. En efecto, debe precisarse, por ejemplo, de manera inmediata que la posibilidad de participar presencialmente actos de culto (por ejemplo, misa dominical[45]) no puede estar suspendida, por lo que la restricción a este derecho se puede generar a la luz de la cantidad máxima de personas que concurran al momento de su servicio, esto es el aforo. Así, respetándose este aforo máximo, regulado por razones sanitarias de emergencia, el derecho se podría ejercer sin otra restricción[46], tal como ha sido reconocido por la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores

[43] Nuñez (2015), p. 333.

[44] Moreno (2018), p. 111.

[45] La misa dominical presencial está en el centro de sus creencias, indisolublemente ligada a la manifestación de sus convicciones religiosas más profundas. La misa dominical presencial sería el núcleo de su religión. Por su parte, no sería difícil encontrar argumentos teológicos protestantes que vayan en la misma línea y que pongan de relieve la centralidad de la comunión en el culto evangélico. Una vez conseguido lo anterior, entonces se haría plenamente aplicable el mismo razonamiento jurídico del sentenciador.

[46] Corte Suprema (2021), c. 9.°.

de justicia a propósito de las limitaciones a la asistencia a cultos en contextos de alerta sanitaria por COVID-19.

Más aún, si se sigue la doctrina señalada por el máximo tribunal, es posible señalar que la libertad religiosa, su concepción subjetiva externa, se transforma en libertad de culto, la que permite el ejercicio de todas las actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, entre ellos la práctica de los actos correspondientes a las ceremonias representativas vinculadas a la respectiva creencia religiosa, el derecho a recibir asistencia religiosa, recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole de acuerdo con las propias convicciones[47]. Así, la fe trasciende el plano del fuero interno de la persona y se manifiesta socialmente, facultando al creyente para concurrir a los lugares de culto, practicar los ritos ceremoniales, desarrollar y exhibir símbolos religiosos, observar las fiestas religiosas, solicitar y la asistencia a un acto ritual en un día determinado constituye el vehículo para la exteriorización de una verdad. De esta forma, para una creyente esa verdad a la que adhiere vitalmente es, de acuerdo con las reglas e instrumentos normativos y doctrinarios que rigen esa verdad, solo posible difundirla y exteriorizarla[48].

Con todo, considerando que el aspecto comunitario forma parte del contenido esencial de la libertad de religión, cuando la autoridad prohíbe bajo todo evento la celebración de cultos religiosos –como sucedió en Chile durante un breve periodo de tiempo– no estaría simplemente afectando el ejercicio de este derecho humano, sino que está derechamente suspendiéndolo. De esta forma, las restricciones al ejercicio colectivo de la libertad cultos (núcleo esencial de la libertad religiosa) deben ser, asimismo, restringidas. Así, se aprecia una congruencia con el criterio instalado por el Sistema Interamericano cuando señala que las limitaciones a la libertad de culto *deben establecerse con arreglo a ciertos requisitos de forma* (esto es, mediante ley) *que atañen a los medios a través de los cuales se manifiestan las condiciones de fondo* (respetando su contenido esencial).

V. Conclusiones

Si bien, delimitar el contenido esencial de los derechos supone un arduo esfuerzo dogmático, es indispensable atender a él, pues de lo contrario, podría otorgarse protección a meros intereses y no derechos, generando distorsiones que afecten a la sociedad toda en atención al claro ámbito colectivo que re-

[47] Nogueira (2018), p. 554.

[48] Como puede ser un día en específico de la semana, esto es un domingo y de manera presencial. Corte Suprema (2021), c. 9.°.

presentan los bienes jurídicos protegidos detrás de la libertad religiosa, sobre todo por el carácter de ordenador social que tienen las normas y principios constitucionales que la consagran. De este modo, existe una necesidad evidente de abordar la temática en análisis con un mayor rigor jurídico especialmente desde la perspectiva del papel de los principios y valores en la hermenéutica constitucional, el tratamiento de los conflictos de derechos fundamentales y la adecuada determinación del contenido esencial de los mismos, y no solo cerrar la discusión en torno a valores inamovibles.

El derecho internacional y el derecho interno permiten las limitaciones indirectas de la libertad de culto en situaciones excepcionales, que son consecuencia necesaria de las restricciones de otras libertades como la libertad de circulación y de la libertad de reunión. Sin embargo, el principio de legalidad y la seguridad jurídica exigen que las disposiciones sean claras y coordinen todas las medidas que configuran el régimen de los derechos humanos temporalmente intervenidos, siempre basados en principios como la proporcionalidad y razonabilidad sin afectar nunca el contenido esencial de este derecho. Así, el carácter singular de la libertad de culto exige disposiciones concretas sobre estos derechos, que asuman las obligaciones impuestas a los poderes públicos por el derecho internacional y por el derecho interno en esta materia, y que sean coherentes con los principios informadores del derecho constitucional sobre el fenómeno religioso.

Finalmente, es del caso señalar que si la crisis sanitaria ha trastocado valores, visiones del mundo o modos de vida, en el ámbito de la regulación de la dimensión civil del hecho religioso ha servido para calibrar el verdadero alcance de instituciones por lo general aceptadas[49]. De esta forma, la distinción técnica entre el contenido esencial (núcleo indisponible del derecho) y las manifestaciones de la libertad de religión (derecho susceptible de limitación) es una de ellas. Sin negar su carácter aséptico y su utilidad práctica, su uso no está exento de riesgos, en especial cuando la separación Iglesia-Estado se reinterpreta a partir de una confesionalidad laica y cuya discusión ha estado presente también en la redacción del nuevo texto constitucional. No obstante, el abuso de este recurso vacía de contenido este derecho humano porque, si bien permite llegar a soluciones impecables desde el punto de vista de una lógica jurídica aparentemente neutral, estas mismas resultan ser injustas o poco equitativas para quien padece sus consecuencias[50].

[49] Viejo-Ximénez (2021), p. 345.

[50] Por lo demás, el ofendido que busque el amparo de jueces y tribunales siempre tendrá muy complicado probar que quien limitó de hecho actuó con la intención de restringir.

Bibliografía

Alexy, Robert (2007): *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).

Alvear Téllez, Julio (2013): *La libertad moderna de conciencia y de religión. El problema de su fundamento* (Madrid, Marcial Pons Ediciones).

Araya Peshke, Betzabé (2017): *La objeción de conciencia en el derecho positivo chileno*. (Santiago, Editorial Libromar).

Asensio Sánchez, Miguel Ángel *et al.* (2018): *Fenómeno religioso y ordenamiento jurídico* (Madrid, Editorial Tecnos).

Astaburuaga Briseño, Roberto y Macarena Bustamante Sinn (2020): "La protección de la libertad de culto en tiempos de pandemia: la jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Concepción". Comentario a las sentencias 7800-2020, 9692-2020 y 11125-2020. *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, n.° 6.

Bertelsen Simonetti, Soledad (2010): *Métodos de resolución de conflictos entre derechos fundamentales, Cuadernos del Tribunal Constitucional*, n.° 42, pp. 13-104.

Cea Egaña, José Luis (2012): *Derecho constitucional chileno*, Tomo ii (Santiago, Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile).

Celis Brunet, Ana María *et al.* (2010): "Religion and Law in the Non-Confesional Chilean State", in Javier Martínez-Torrón and Jr., W. Cole Durham (eds.). "Religion and the Secular State: National Report Provo". *The International Center for Law and Religion Studies* (Provo, Brigham Young University), pp. 213-236.

Concilio Vaticano II (1965): *Declaración Dignitatis Humanae, Declaración sobre la libertad religiosa en el mundo* (Roma, Ediciones San Pablo).

Evans de la Cuadra, Enrique (1999): *Los derechos constitucionales*, Tomo i (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

López Aguilar, Juan Fernando (2008): "Libertad religiosa, pluralismo religioso y Constitución Española: 25 años desde la Ley Orgánica de Libertad Religiosa", en Juan Ferreiro Galguera (coord.). *Jornadas jurídicas sobre libertad religiosa en España* (Madrid, Ediciones Ministerio de Justicia), pp. 31-46.

Moreno Botella, Gloria (2018): "El conflicto libertad de expresión, libertad religiosa a través del cine". *Anuario de Derecho Canónico*, n.° 6 supl., pp. 105-134.

Nogueira Alcalá. Humberto (2018): *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Tomo ii (Santiago, Editorial Librotecnia).

Nuñez Leiva, José Ignacio (2015): "Explorando el neoconstitucionalismo a partir de sus tesis principales: 'Black holes & revelations'". *Ius et Praxis*, año 21, n.° 1, pp. 314-344.

Pinto, Mónica (2013): "La libertad religiosa". *Revista de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, n.° 10, pp. 100-110.

Porras Ramírez, José María (coord.) (2014): *Derecho de la libertad religiosa* (Madrid, Editorial Tecnos).

Precht Pizarro, Jorge (2005): "El ámbito de lo público y la presencia de la Iglesia Católica en Chile: de la ley 19.638 a la ley 19.947". *Anales Derecho UC. Actas del IV Coloquio del Consorcio Latinoamericano de Libertad religiosa* (Bogotá, Editorial Legis), pp. 101-121.

Rodríguez Blanco, Miguel (2013): *Derecho y religión: nociones de derecho eclesiástico del Estado* (Pamplona, Thomson-Civitas).

Rubio Fernández, Eva María (2004): "Expresión frente a religión: un binomio necesitado de nuevas vías de entendimiento y de superación de sus interferencias". *Anales de Derecho*, n.º 24 (Universidad de Murcia), pp. 201-231.

Ruda Santolaria, Juan José (2009): "Una mirada al tratamiento de la libertad religiosa en el sistema interamericano de los Derechos Humanos", en Juan Gregorio Navarro Floria. *Estado, derecho y religión en América Latina* (Buenos Aires, Marcial Pons Ediciones), pp. 229-239.

Salinas Araneda, Carlos (2004): *Lecciones de derecho eclesiástico del Estado de Chile* (Valparaíso, Ediciones Universitarias Pontificia Universidad Católica de Valparaíso).

Serna, Pedro y Fernando Toller (2000): *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos* (Buenos Aires, La Ley).

Tamart, Josehp (1987): *La libertad ideológica en el derecho penal (*Barcelona, Instituto de Criminología de Barcelona).

Viejo-Ximénez, José Miguel (2021): "Restricciones a la libertad de religión: estado de alarma, libertad de culto y autonomía de las confesiones". *Revista Española de Derecho Canónico*, vol. 78, pp. 299-346.

Vivanco Martínez, Ángela (2004): *Curso de derecho constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*, Tomo ii (Santiago: Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile).

Jurisprudencia citada

Corte Suprema (2021): Rol n.º 19.062-2021, Vargas con Paris y otros, 29 de marzo.

Jurisprudencia internacional citada

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001): Olmedo Bustos y Otros vs. Chile. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso "La Última Tentación de Cristo". Sentencia del 5 de febrero de 2001. Serie C, Nº 73.

Tribunal Constitucional (2006): Rol n.º 563 (564)-2006. Pronunciamiento sobre giro de explotación de casinos de juego formulado por Thunderbird Antofagasta S.A., Thunderbird Rancagua S.A., Thunderbird Talca S.A. y Thunderbird Leg S.A.

Tribunal Constitucional de España (1981): Sentencia del 8 de abril. Sentencia de amparo n.º 11/1981. *BOE*, n.º 99, de 25 de abril de 1981, F.J. 7.º.

Tribunal Constitucional de España (1984): Sentencia del 23 de noviembre. Sentencia de amparo n.º 107/1984. *BOE*, n.º 305, de 20 de diciembre de 1984.

Tribunal Constitucional de España (1993): Sentencia del 16 de noviembre. Sentencia de inconstitucionalidad. *BOE*, n.º 295, de 9 de diciembre de 1993.

Tribunal Constitucional de España (2001): Sentencia del 15 de febrero de 2001. Sentencia de amparo n.º 46/1984. *BOE*, n.º 65, de 15 de marzo de 2001.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1993): Sentencia del 25 de mayo. Solicitud n.º 14307/88.

Normas citadas

Naciones Unidas (1993): Comité de Derechos Humanos, observación general n.º 22, 22 de noviembre.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO PENAL: BREVE REFERENCIA A LA TIPIFICACIÓN DE DELITOS DE INCITACIÓN AL ODIO EN EL DERECHO CHILENO

FREEDOM OF EXPRESSION AND CRIMINAL LAW: BRIEF REFERENCE TO THE TYPIFICATION OF HATE CRIMES IN CHILEAN LAW

Ximena Marcazzolo Awad[*]

Resumen: El presente trabajo analiza la limitación a la libertad de expresión que se fundamenta en la existencia de "discursos ilícitos", que en algunos ordenamientos jurídicos se sancionan penalmente. Dentro de dichos discursos se encuentran el *hate speech*. Estos tensionan la libertad de expresión, por lo que resulta relevante determinar los límites que pueden afectarle. Finalmente se revisa el sistema chileno y algunos proyectos de ley en relación con estas figuras penales.

Palabras claves: Libertad de expresión, discursos del odio, delitos de incitación al odio.

Abstract: This paper analyzes the limitation to freedom of expression that is based on the existence of "illicit speeches", which in some legal systems are criminally sanctioned. Within these speeches are the hate speech. This type of speech affect freedom of expression, so it is relevant to determine the limits that can affect it. Finally, the Chilean system and some proyects of law in relation to these criminal figures are reviewed.

Keywords: Freedom of expression, hate speech, hate crimes.

[*] Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica de Chile, Máster en Derecho Penal y Ciencias de la Universidad de Barcelona y Pompeu Fabra, Abogado Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora Investigadora del Centro de Derecho Regulatorio y Empresa de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: xmarcazzolo@udd.cl

I. Introducción

La libertad de expresión garantiza el derecho de manifestar de cualquier manera y medio, sin censura previa, el pensamiento moral, cognitivo y simbólico, lo cual se expresa a través de ideas y juicios de valor[1]. La relevancia de este derecho emana de la necesidad de preservar la exposición de ideas y creencias, el debate, la investigación, la libertad de cátedra, la ciencia, la revisión de los fenómenos históricos, entre muchas otras actividades que resultan fundamentales para el desarrollo de la persona y de la sociedad. De ello deriva la consagración de esta prerrogativa en Constituciones de diversos países. Al mismo tiempo, la libertad de expresión se relaciona con el derecho a la información y la libertad en general de adscribir de una determinada idea o posición, lo que resulta esencial como actividad inherente al desarrollo de las personas.

El presente trabajo analiza la limitación a la libertad de expresión que se fundamenta en la existencia de "discursos ilícitos", los que, además, en algunos ordenamientos jurídicos dan lugar a sanciones de diversa índole. Una de las manifestaciones del discurso ilícito, que podría justificar limitar la libertad de expresión, corresponde a lo que se ha denominado como "discurso del odio" o *hate speech*, el que, a su turno, ha da lugar a los delitos que llevan el mismo nombre.

La restricción del derecho a expresarse libremente resulta de la máxima complejidad toda vez que el pensamiento y la consecuente expresión de las ideas son elementales para la existencia de la sociedad pacífica y democrática[2]. Por este motivo el establecimiento de límites, particularmente a través de en una disciplina que es de *ultima ratio*, como el derecho penal, solo puede justificarse siempre que el resto del ordenamiento jurídico resulte insuficiente para preservar los bienes jurídicos que se pretenden cautelar. Esto explica, en parte, la suerte que han experimentado en Chile algunos proyectos de ley que han querido tipificar conductas que pueden incardinarse dentro de la clasificación de delito de odio. A ello se hará referencia en lo sucesivo del este trabajo.

En lo que sigue, primero, se procurará consignar una explicación relativa a lo que se entiende por discurso de odio y a las implicancias de este desde la perspectiva de la libertad de expresión. Posteriormente, se revisará la tipificación de los delitos de odio en Chile y, junto con ello, dos proyectos de ley que han presentado con el objetivo de mejorar la regulación positiva de este delito.

[1] Definición de Nogueira (2004), p. 41.

[2] Sobre la relación entre libertad de expresión véase Pauner (2011), pp. 113-119. En el trabajo cita una sentencia STEDH, caso Handyside contra Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976, apartado 49. En la que el tribunal reconoce que la libertad de expresión es fundamental para una sociedad democrática, el progreso individual y social.

II. ¿Qué es el discurso del odio o *hate speech*?

No existe una sola definición sobre este tema. Esto explica por qué algunos autores[3] prefieren utilizar la noción proporcionada por el Consejo de Europa, que lo define como:

> "[...] formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, xenofobia, antisemitismo y cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia, incluida la intolerancia que se exprese en forma de nacionalismo agresivo o etnocentrismo, la discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas nacidas de la inmigración".

Dentro de los aspectos centrales de esta definición, se encuentra la existencia de expresiones o manifestaciones que generen odio basado la intolerancia, la discriminación y/o la hostilidad.

Otras convenciones internacionales que se refieren a dicho discurso coinciden en términos generales con la definición aquí entregada. En este sentido se puede citar la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que en su artículo 7 proclama la proscripción contra la discriminación, la igualdad de todos los hombres ante la ley y el derecho a ser protegidos frente a los actos de discriminación; la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, cuyo artículo II define el genocidio entendiendo por tal los actos de matanza, lesión, sometimiento, los que impidan el nacimiento o el traslado forzoso de niños, cometidos con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso y en su artículo III consigna que los actos que se reprimen son el genocidio y la asociación para cometerlo, además de los actos preparatorios, su autoría y participación. También el Pacto de Derecho Civiles y Políticos en su artículo 20 hace referencia a la apología al odio nacional, racial o religioso. La Declaración sobre Todas las Formas de Intolerancia y de Discriminación basadas en la religión o las Convicciones de 1981, garantiza la libertad de pensamiento, conciencia y religión y en sus disposiciones segunda y tercera prohíbe toda forma de discriminación. En el ámbito más local, la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos de 1969, en su artículo 13 se refiere a la libertad de expresión, declarando expresamente que esta garantía debe ejercerse sin censura previa salvo aquellas que se establezcan por ley. El mismo artículo en su numeral quinto prohíbe la propaganda a favor de la guerra y apología o incitación al odio nacional, racial o religioso. De las con-

[3] Weber (2009), p. 3 y Alcácer (2012), p. 4.

venciones citadas, esta es la que con mayor claridad se refiere a la incitación al odio, pues las referencias de las anteriores decían relación más bien con la discriminación, la libertad de expresión y el genocidio[4].

Junto con esta definición, la doctrina ha identificado algunos elementos estructurantes. En este sentido, se ha señalado que, en primer término, debe referirse a un individuo o grupo que tienen características en común. No existe discurso del odio cuando se dirige contra toda la humanidad o un grupo no identificable de esta. En segundo lugar, el discurso persigue estigmatizar a dicho individuo o grupo mediante la atribución de características que son negativas y que tienden a caracterizar a dicha colectividad. En tercer lugar, se tiende a atribuir a esa colectividad un comportamiento que está fuera de los rangos sociales normales[5].

III. La libertad de expresión y el discurso del odio

En el caso nacional este derecho fundamental se encuentra plasmado en el artículo 19 n.° 12 de la CPE[6]. Su cometido es asegurar la libertad de opinar e informar sin censura previa, sin perjuicio de los delitos y abusos que se pueden cometer en el ejercicio de este derecho. Del tenor literal del precepto surge la pregunta sobre, ¿cuál es el ámbito de regulación que ofrece? De manera ostensible, comprende tanto el derecho de opinión relativo a la expresión de juicios subjetivos, ideas y creencias, y, en lo relativo a la información, la transferencia de ideas objetivas o conocimiento, por ello se lo asocia en gran medida con la prensa[7]. También el derecho a la información comprende estar informado, es decir, ser destinatario y transmisor, sin previa censura, de hechos, fenómenos o circunstancias que se manifiestan en la sociedad[8].

Respecto de la posibilidad de establecer límites al derecho a expresarse existe consenso, sobre algunas de las razones que lo justifican. Así, por ejemplo, se aceptan ampliamente los fundamentos que derivan de la protección de la dignidad humana y del honor[9]. En esta línea, la Constitución reconoce que la libertad de expresión se encuentra reconocida sin perjuicio de res-

[4] Convenciones citadas por Pérez-Madrid (2009), p. 4 y ss.

[5] *Op. cit.*, p. 7 y ss.

[6] También ha sido reconocida en instrumentos internacionales, por ejemplo, en el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas; en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros.

[7] González (2012), p. 21 y ss.

[8] Nogueira (2004), p. 142.

[9] Paúl (2011), p. 574.

ponderse por los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de dicha libertad, siempre de acuerdo con la ley, la cual deberá ser de quórum calificado[10]. En el mismo sentido, Humberto Nogueira señala que, respecto de la libre expresión de las opiniones, el límite está dado por las expresiones vejatorias o insultantes, lo que el *Código Penal* castiga a través de los tipos penales de injuria y calumnia. Agregando que la garantía aludida asegura la expresión de ideas, juicios, la investigación, indagación, transmisión, comunicación, emisión, publicación o difusión de ideas e informaciones de toda clase y que esto debe quedar al margen de cualquier tipo de censura previa[11].

En materia de discursos es sabido que existe una tensión entre estos y la libertad de expresión. Lo anterior es sin perjuicio que para valorar la licitud o ilicitud de los mismos, como sería el caso del denominado discurso del odio, se debe realizar un análisis a la luz de la libertad y, además, adherir a una determinada concepción de esta. Adicionalmente, para la criminalización de conductas que atenten contra la libertad de expresión debe estarse ante los casos más graves en los que la protección de un bien jurídico justifique la intervención punitiva del Estado.

En relación con el discurso del odio, Álvaro Paúl explica que la prohibición de los discursos, particularmente el que fomenta el odio, dependerá de la posición más o menos liberal que adopte cada Estado en relación con la libertad de expresión. Haciendo presente que la sanción con que se castiga este tipo de manifestaciones puede ser de naturaleza penal, civil o administrativa. Al respecto expone que, de acuerdo con la concepción liberal, esta especie de discurso admite protección desde la perspectiva de la libertad de expresión, aunque no en términos absolutos porque se reconocen ciertas limitaciones. En este caso el fundamento de la restricción obedecería al bien común. Según la posición inversa, denominada restrictiva, se trataría de un discurso ilícito que no admite protección. El autor hace presente que ambas posiciones coinciden en no compartir el contenido del discurso hostil u odioso, y, además, en ambos casos, sus diferencias y coincidencias se vinculan con el concepto que respectivamente le atribuyen a la garantía de expresarse libremente. De este modo, lo que diferencia a ambos puntos de vista se vincula con la posición del Estado en la forma como regula la incitación al odio y más concretamente la procedencia o improcedencia de sancionarlo penalmente[12]. A mayor abundamiento, el autor aclara que, al utilizar la nomenclatura liberal, se refiere a los partidarios de la libertad del individuo y de la sociedad, no como sinónimo de demócrata. Agrega que esta corriente participa de la idea de que el discurso debe garan-

[10] Artículo 19, n.º 12 de la CPR.
[11] Nogueira (2012), pp. 416-424.
[12] Paúl (2011), pp. 575- 576.

tizarse porque su vigencia permite buscar la verdad de mejor manera, oponiéndose a la existencia de versiones impuestas por la autoridad. Esto se funda en la teoría del libre mercado de las ideas según la cual los conceptos verdaderos en definitiva priman. También hace presente que estas afirmaciones no significan que el enfoque liberal considere que no existen límites a la libertad de expresión, sino, más bien, que dada la importancia de la libertad de expresión, esta no debe ser restringida sino en aquellos casos graves y quien tendrá el deber de probar dicho daño será el que lo invoque. En este sentido, se reconocen, como bienes jurídicos que admiten protección y, por ende, limitan a esta garantía, el honor y la conservación de la paz social, pero de acuerdo con este enfoque la restricción se justifica solo para los casos más graves y siempre que se acredite que existe maldad. Además, expone que la posición restrictiva considera que el discurso del odio o *hate speech* debe censurarse ya que afecta la dignidad de las personas, por lo que debe ser reprimido. El fundamento para restringir el discurso emana de las propias finalidades de la libertad de expresión, esto es, garantizar la autorrealización del que se expresa, permitir la democracia, defender la dignidad del hombre, dar lugar a un espacio desde el cual se pueda alcanzar la verdad, por lo que censurar el discurso del odio se justificaría, ya que este no permite obtener estas finalidades. A su juicio, el daño que causa el discurso del odio no es un elemento fundante para su proscripción, por cuanto también la posición liberal estima que en caso de existir un perjuicio debe restringirse, eso sí, exigiendo que se pruebe la magnitud y su existencia. Consecuente con lo expuesto, la posición restrictiva es partidaria de restringir los discursos del odio más allá de si producen o no un daño[13].

Un partidario de la posición liberal o amplia es Owen Fiss de la Universidad de Yale, quien considera que el discurso del odio genera un efecto silenciador en la libertad de expresión. A este respecto expone que durante los últimos treinta o cuarenta años en Estados Unidos, las leyes de antidiscriminación se han extendido a múltiples actividades del quehacer público, lo cual lo lleva a sostener que en la actualidad prácticamente toda la actividad pública de su país está amparada por esta normativa. Ante ello, concluye que la libertad de expresión, que siempre en su país ha tenido un papel fundamental, hoy se encuentra en entredicho por un objetivo distinto al liberalismo, esto es, la igualdad. A continuación, manifiesta que existe una colisión entre la libertad y la igualdad, la cual no puede resolverse con la mera referencia a la primera enmienda, sino que obliga a enfrentarla derechamente. Así, señala que durante el curso del tiempo la libertad de expresión ha sido defendida en ocasiones por el Estado, fundándose en la propia libertad, citando como ejemplo la proscrip-

[13] Paúl (2011), pp. 576-582.

ción del comunismo durante la Guerra Fría para evitar la llegada de un gobierno marxista. A la luz de todos estos argumentos, el autor concluye que el discurso del odio es una amenaza concreta a la libertad de expresión, que afecta, incluso, a las víctimas puesto que las excluye de la discusión o debate público, generando que estas se ensimismen. Luego, se pregunta si desde la perspectiva del Estado es lícito acallar a un grupo y darle a otro la posibilidad de expresarse, concluyendo que la Administración no debe tomar partido por alguna de estas posiciones, sino que garantizar la discusión, por lo tanto, cuando se censura el discurso del odio se está garantizando la libertad de expresión de ciertos grupos al mismo tiempo que se limita la de los otros[14].

IV. Tratamiento del discurso del odio en algunos sistemas extranjeros

Algunos países del continente europeo de forma paulatina han ido incorporando disposiciones que limitan su libertad de expresión, tipificando figuras penales que restringen el discurso. Un ejemplo de ello se observa en la Constitución alemana, que erige como principio fundamental el respeto por la dignidad humana y desde ese punto de partida, a través de la ley, reprime penalmente el negacionismo en el artículo 185 del *Código Penal*, la injuria o difamación a la memoria de un fallecido en su artículo 189 y la instigación al odio en su artículo 130. Por su parte, el derecho francés desde 1990, mediante la Ley Gayssot 90-615 de 1990, castiga las conductas racistas, antisemitas, xenófobas y la apología a los delitos de lesa humanidad[15]. A su turno, Holanda en el artículo 137d del *Código Penal*, amenaza con pena de prisión y multa al que realice conductas de incitación al odio o discriminación o ejecute actos violentos contra personas o bienes en razón de su raza, religión, creencias o su orientación hetero u homosexual. La publicación o difusión de textos se encuentra sancionado en el artículo 137 e). Por su parte, el derecho español contempla una figura de incitación al odio[16] y a la incriminación en el artículo 510[17] del

[14] Fiss (1996), pp. 17-24.

[15] Nogueira (2012), pp. 405-407.

[16] Sobre esta figura en España véase el trabajo de Tapia (2021), *passim*.

[17] Artículo 510. 1. Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

2. Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones

Código Penal[18]. Esta disposición fue modificada de manera importante durante el año 2015[19].

Mientras la jurisprudencia europea, en general, ha mantenido una posición a favor de la represión y castigo del discurso del odio y del negacionismo, la jurisprudencia estadounidense ha sido más proclive a garantizar la libertad de expresión reservando la sanción solo para los casos más graves[20].

La posición liberal de Estados Unidos se puede apreciar en algunas de las sentencias que se consignan en el trabajo de Álvaro Paúl citado. Este autor en relación con el delito de incitación al odio hace referencia al caso Beauharnais vs. People of the State of Illinois del año 1952. En esta sentencia se condenó al líder de una agrupación de hombres blancos que quería concitar adhesión para

en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía.

[18] Politoff (1999), pp. 200-201.

[19] Ley Orgánica 1/2015 de 30 marzo.

[20]El catedrático español Juan María Bilbao analiza varias sentencias de países europeos que fueron impugnadas ante el Tribunal de Estrasburgo, concretamente por la Comisión Europea de Derechos Humanos. El trabajo se refiere específicamente al discurso negacionista. Las partes condenadas por el delito de negacionismo en sus respectivos Estados acudieron al mencionado tribunal internacional fundándose en que se les ha vulnerado su libertad de expresión, que corresponde al artículo 10 del Convenio. El estudio analiza diversas demandas, revisándolas por países. En el caso alemán se explicita que el derecho a la libertad de expresión se encuentra regulado en el artículo 5 de la Constitución germana, tratándose de una de las garantías más relevantes para su sistema. Al igual que la Convención, el artículo 5 de la Constitución admite excepciones por leyes y el respeto del honor personal. Uno de los casos que se relata es el de 6 de septiembre de 1995, Otto E.F.A Remer contra Alemania. En esta oportunidad se condena a una pena de casi dos años de privación de libertad, al editor de una publicación en que se incluyeron artículos que negaban la existencia de cámara de gases en los campos de concentración nazis, entre otras afirmaciones. El condenado recurre ante el Tribunal de Estrasburgo invocando que su sanción era de naturaleza política y que se le había vulnerado su derecho a la libertad de expresión, respecto de ciertas afirmaciones que él estimaba que eran verdaderas. El tribunal rechaza su demanda, entre otras varias razones, indicando que efectivamente su libertad de expresión había sido restringida, pero de manera legítima por encontrarse prevista en la ley. Luego, en el mismo trabajo, se exponen casos de demandas efectuadas en contra de Austria y de Francia con los mismos resultados. En el caso austriaco la norma que castiga esta conducta es la Ley de Prohibición del Nacionalsocialismo, que se dictó en 1945, modificada posteriormente. Bajo esta ley se castigó al historiador británico David Irving el año 2006. Las demandas ante el Tribunal también se fundaron en que estas condenas se erigen como restricciones indebidas a la libertad de expresión, al establecer castigos exagerados para conductas que consisten en opiniones sobre hechos históricos los cuales debieran poder expresarse en una sociedad libre. Finalmente, el caso francés siguió la misma suerte que los anteriores. Al concluir su exposición confirma que en Europa prima la tesis restrictiva de la libertad de expresión, la que se impone por sobre la postura liberal que se observa en los Estados Unidos. En Bilbao (2008), pp. 19-56.

que se legislara a favor de la segregación, para lo cual repartió impresos que indicaban que los negros cometían violaciones, robaban y usaban drogas. Con esta acción el tribunal estimó que se infringía la normativa penal que impedía atribuir a ciudadanos de cualquier raza, color, religión de manera criminal o contraria a la moral. El condenado se defendió invocando que la descripción típica era vaga y que él había hecho uso de su libertad de expresión. La Corte Suprema rechazó el recurso interpuesto por el condenado. El juez Hugo Black fue el autor de uno de los votos disidentes, estimando que no le corresponde al sistema judicial determinar qué temas podían o no ser discutidos por los ciudadanos. Agregando que la segregación en ese momento no estaba prohibida en todo el país por lo que su conducta podría haber sido considerada adecuada en otro Estado. Posteriormente, el máximo tribunal estadounidense cambió su criterio en el caso de Brandenburg vs. Ohio durante el año 1969, donde un líder del Ku Klux Klan incitaba al odio entre los adherentes a dicha colectividad. En este caso, si bien hubo condena en la primera instancia, luego la Corte decidió que no podía reprimirse la mera apología a la violencia, al menos sin afectar el derecho a expresarse libremente, salvo que las acciones incitadas generen actos inminentes de violencia. Como señala Álvaro Paul, este fallo dio origen a un estándar de tolerancia o que se conoce como es estándar de Brandenburg o *Brandenburg test* o de la violencia inminente. Posteriormente a este criterio se suma otro que postula que quien realice la incitación no debe haber mentido de manera consciente o que no exista un peligro de violencia inminente. A partir de esos fallos se comprende que el discurso del odio queda amparado por la libertad de expresión, con las restricciones mencionadas[21].

V. Tipificación de los delitos de odio en Chile

El ordenamiento jurídico interno contempla algunas figuras penales que pueden incardinarse dentro de la categoría de delitos de odio. Junto con ello, se ha formulado la necesidad de incorporar nuevos ilícitos que permitan reprimir conductas que hoy quedan fuera del marco legal vigente.

Los delitos de incitación o instigación del odio se caracterizan por consistir en conductas de promoción del odio, hostilidad o violencia dirigido en contra de personas o colectividades que representan a un grupo racial, religioso, étnico, entre otras características o condiciones. Se trata de una expresión o manifestación que da cuenta de una actitud discriminatoria, y que, al mismo tiempo, incita a la violencia u odio respecto de quien recibe el mensaje. Estos

[21] Paúl (2011), pp. 577-579.

tipos penales van más allá de la mera discriminación ya que requieren promover el odio, violencia u hostilidad[22].

La decisión de sancionar estos comportamientos ha sido objeto de un amplio debate. Parte de los argumentos formulados a favor y en contra se relacionan con la posibilidad de limitar, en términos amplios o restringidos, el derecho a la libertad de expresión; la intimidación que puede generar en la comunidad la existencia de discursos prohibidos; el efecto educativo (prevención especial) que puede conllevar la censura de algunas manifestaciones; las consecuencias que puede causar en el proceso de búsqueda de la verdad, la revisión de los fenómenos históricos y el desarrollo del pensamiento[23]. Adicionalmente, se debe tener presente que los delitos de odio resultan especialmente complejos respecto de la actividad política y científica, en la cual las manifestaciones provocadoras; la publicación y difusión de material científico es inherente a estas actividades. Es necesario tener presente que las figuras penales deben garantizar certeza en relación con la conducta que queda prohibida y que, además, la tipificación del delito se justifique de acuerdo con el principio de ofensividad en materia de bienes jurídicos protegidos.

Parte importante de la doctrina (compartida en este trabajo) considera que los delitos de instigación o incitación al odio sancionan conductas de discriminación[24], mediante un adelantamiento de la barrera de punición[25]. La discriminación afecta la igualdad que debe primar en el trato entre las personas. En este sentido Hernández señala que se castigan estos comportamientos porque es posible que su existencia conlleve la comisión de ilícitos distintos. Lo expresado no significa que el castigo se justifique por la sola expresión de juicios discriminatorios, siendo necesario que se trata de un:

> "Comportamiento cuyas circunstancias concretas lo hacen idóneo para provocar que otros sujetos emprendan acciones adversas contra los miembros de tales grupos"[26].

Esto es muy relevante porque el castigo no se funda en la mera expresión de ideas o valoraciones respecto de ciertos grupos de personas, sino que resulta

[22] Politoff (1999), pp. 199-200.

[23] Paúl (2011), pp. 590-595.

[24] Sobre el concepto de discriminación y la incorporación de la agravante de responsabilidad penal del artículo 12 n.º 21 del *CP*, véase Salineros (2013), p. 273 y ss.

[25] En el mismo sentido relativo a que los delitos de odio son delitos de discriminación, Víctor Gómez señala que esto se debe a que no se protegen bienes jurídicos supraindividuales (como, por ejemplo, la seguridad colectiva de un grupo determinado), sino que se trata de un bien jurídico individual de las personas que integran dicha colectividad, esto es, la igualdad y su contracara que es el derecho a no ser discriminado. En Gómez (2013), p. 82.

[26] Hernández (2013), pp. 167-169.

indispensable que este comportamiento procure incitar o promover en otras conductas que puedan afectar a dichos grupos.

En el caso nacional el artículo 31[27] de la Ley n.º 19733[28] de 2001 sobre libertad de opinión e información y ejercicio del periodismo, contempla una sanción de multa respecto de conductas que se incardinan dentro del discurso del odio. En el evento de reincidir la multa puede ser elevada. La disposición se circunscribe específicamente a las conductas desplegadas a través de los medios de comunicación social, es decir, toda actividad que se efectúa fuera de estos no queda comprendida dentro de esta figura. En este sentido, con razón Manuel González señala que los libros no quedan comprendidos en esta regulación[29]. Respecto del sujeto activo del delito cualquier persona puede incurrir en este ilícito, lo relevante es que lo haga a través de un medio de comunicación social.

De acuerdo con el precepto se prohíben las publicaciones o transmisiones destinadas a promover odio u hostilidad respecto de personas o grupos en atención a su raza, sexo, religión o nacionalidad, vale decir, se censura la apología a la violencia u hostilidad o la promoción de estos sentimientos en los destinatarios del discurso. Desde la perspectiva subjetiva se exige que la conducta se realice con la finalidad de promover odio u hostilidad, careciendo de relevancia típica la circunstancia que un discurso determinado pueda ser utilizado para justificar el mencionado odio u hostilidad, cuando la conducta no se realiza con esta finalidad.

La disposición ha recibido críticas en relación con nuestra Carta Magna, desde la perspectiva de la libertad de expresión, por tratarse de una figura penal que le entrega gran discrecionalidad a quien debe interpretarla y, por ende, claramente puede traducirse en una autocensura de los medios de comunicación social[30]. En materia de jurisprudencia, esta ha recibido muy poca aplicación, concretamente, es posible citar el caso en el que se condenó por la infracción del artículo 31 de la Ley n.º 19733, es la causa RUC 0901108439-4[31],

[27] "Artículo 31.- El que por cualquier medio de comunicación social, realizare publicaciones o transmisiones destinadas a promover odio u hostilidad respecto de personas o colectividades en razón de su raza, sexo, religión o nacionalidad, será penado con multa de veinticinco a cien unidades tributarias mensuales. En caso de reincidencia, se podrá elevar la multa hasta doscientas unidades tributarias mensuales".

[28] Respecto de los delitos contemplados en esta ley se ha señalado que la mayor o menor amplitud que se le dé a la interpretación de estas figuras delictivas, generará una mayor o menor restricción del ejercicio de las libertades de opinión e información. Por ello se ha hablado de una autocensura porque, si bien la ley garantiza la libertad de expresión sin censura previa, al mismo tiempo contempla tipos penales que en la práctica reprimen *ex post* la actividad desplegada a través de los medios. Banda (2002), p. 141-142.

[29] González (2012), p. 241.

[30] *Ibid.*

[31] TOP de Viña del Mar, de 21 de junio de 2010.

en el cual se dictó sentencia condenatoria contra un imputado por haber realizado actividades hostiles contra el pueblo judío, personificado el presidente de la colectividad judía de Chile de la época y por la elaboración de panfletos con la imagen trucada de una diputada de la época, en las cuales se la habría ridiculizado y denostado, imágenes que, además, habrían sido subidas a una página de Internet. En la sentencia[32], se estimó que las páginas de Internet correspondían a medios de comunicación social como exige la figura del artículo 31, para lo cual el tribunal acudió a la definición que entrega dicho estatuto legal en su artículo 2 y a la historia de la Ley n.º 19733. El tribunal consideró que la conducta del imputado promovió el odio, porque, a su juicio, la página de Internet, donde se mostraban las imágenes, tenía como finalidad promover el odio contra la diputada y la colectividad judía, ratificando su opinión, citando algunas frases que se encontraban junto con las imágenes.

Basado en la circunstancia que diversas conductas de incitación o instigación al odio quedarían fuera del texto acotado de dicha disposición, se han presentado diversos proyectos de ley que pretenden ampliar su persecución. Uno de ellos es el proyecto que tipifica el delito de incitación racial y religiosa, correspondiente al *Boletín* 7130-07, de agosto de 2010. Esta iniciativa no es la primera que se había presentado sobre esta materia[33].

El proyecto se inicia en una moción de la senadora Lily Pérez y de Carlos Cantero, Andrés Chadwick, Guido Girardi y Mariano Ruiz-Esquide, en la cual proponen modificar el artículo 31 de la Ley n.º 19733 y el *Código Penal* agregando una gravante especial en el artículo 12 e incorporando un nuevo tipo penal correspondiente al numeral 140 bis. En la justificación del proyecto se alude a los tratados internacionales suscritos por Chile, los que le obligan a garantizar la dignidad de las personas y sus derechos esenciales, uno de los cuales sería el deber de no discriminar. A su juicio, no discriminación o igualdad puede verse afectada de diferentes maneras y que aquellas más graves deben ser sancionadas recurriendo al derecho penal. Agregan, que la protección que en Chile se materializa en el artículo 31 de la Ley n.º 19733, lo que resulta insuficiente por dos razones: en primer término, porque no tiene contemplada una pena privativa de libertad y en segundo lugar porque solo se refiere a las conductas realizadas a través de los medios de comunicación social[34]. El proyecto no tiene movimiento legislativo desde el año 2015[35].

[32] Considerando decimocuarto.

[33] En este sentido, se puede mencionar el proyecto de ley sobre discriminación racial y étnica, *Boletín* n.º 2142-17 de 3 de marzo de 1998.

[34] Moción parlamentaria con la que se inicia el proyecto de ley que tipifica el delito de incitación al odio racial y religioso, *Boletín* n.º 7130-07, de agosto de 2010, pp. 1-5.

[35] https://senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=7130-07 [fecha de consulta: Mayo de 2022].

El proyecto se acerca a la posición restrictiva en relación con la libertad de expresión, motivo por el cual la sanción no necesariamente va a afectar los casos más graves, sino de forma amplia. Lo expresado es criticable desde la libertad de expresión, cuyas restricciones o censura solo deben quedar establecidas para las infraccionas más lesivas y siempre que trasciendan de la mera manifestación de ideas. A mayor abundamiento se coincide con Cristina Pauner que, refiriéndose al Tribunal Supremo Español, menciona cierta jurisprudencia española que ha expresado que debe evitarse que por esta vía se considere lícito limitar la libertad de expresión, producto de manifestaciones o expresiones que sean hirientes o molestas, ya que el derecho penal no está destinado para esos efectos. A este respecto la autora cita la siguiente sentencia:

> "El derecho a la libertad de expresión tiene por objeto la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio del cual deben incluirse las creencias y juicios de valor. Según hemos dicho con reiteración, este derecho comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige (SSTC 6/200, de 17 de enero)"[36].

Un segundo proyecto de ley que se relaciona con este tipo de ilícitos es el *Boletín* 11.424-17, que tipifica el delito de incitación a la violencia y que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional con fecha 19 de noviembre de 2020[37]. El proyecto pretendía modificar el *Código Penal*[38], la Ley n.º 19733 y la Ley n.º 20393. El delito que se contempla en el proyecto para el *Código Penal* hace referencia a la "incitación de la violencia física". Tras sucesivos cambios que se realizaron al proyecto, se incorpora la figura del negacionismo[39]. El Tribunal en el capítulo I, afirma la inconstitucionalidad del proyecto de ley, debido a la existencia de un vicio formal, porque no se cumplió con el quórum calificado que exige el artículo 19 n.º 12 de la

[36] Pauner (2011), p. 9.

[37] STC, rol n.º 9529. Un comentario a dicha sentencia puede leerse en Alvear (2021), *passim*.

[38] La propuesta de modificar el *Código Penal* es la siguiente: "Artículo 161-C.- El que públicamente o a través de cualquier medio apto para su difusión pública, incitare directamente a la violencia física en contra de un grupo de personas o de un miembro de tal grupo, basado en la raza, origen nacional o étnico, sexo, orientación sexual, identidad de género, religión o creencias de la víctima, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de treinta a cincuenta unidades tributarias mensuales.

La pena corporal asignada en el inciso anterior se aumentará en un grado, y la multa se impondrá en su grado máximo, cuando las conductas se hubieren realizado por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de su cargo".

[39] Se pretende incorporar un nuevo artículo 161-D en el *Código Penal*.

Constitución Política[40]. En el capítulo III se refiere a la inconstitucionalidad del proyecto de ley en relación con la libertad de expresión. En el considerando quincuagésimo séptimo, expresa que la libertad de emitir opinión y de informar, se realizan sin censura previa, pero esto no obsta que se deba responder por los delitos que se comentan. Esto es especialmente relevante en la Constitución de 1980 que abandonó el concepto de democracia protegida, por lo que toda idea es posible de ser emitida, agregando que se:

> "[...] garantiza que todas las ideas –aun las más irritantes, adversas o sorprendentes– puedan exteriorizarse porque así se permite el debate, el intercambio de puntos de vista, la libre crítica, la investigación científica, la libertad de cátedra y el diálogo que conduce a una opinión pública informada que es esencial para el desenvolvimiento de la democracia constitucional, sin llegar a cubrir el 'discurso del odio', en cuanto supone una incitación directa a la violencia".

IV. Conclusiones

La libertad de emitir opinión e información es esencial para el desarrollo de la persona y la sociedad. La conservación del discurso, la expresión de ideas, la ciencia, la revisión histórica de los fenómenos son muy relevantes. Por ello, eventuales restricciones deben ser las estrictamente necesarias para preservar la convivencia pacífica. En virtud de ello se participa de la idea de que para su limitación debe tenerse en consideración la lesividad de ciertos comportamientos en relación con el bien jurídico de igualdad, en su vertiente de no discriminación y solo respecto de los atentados más graves. Por ello resulta relevante constatar que la conducta prohibida no es la mera manifestación de ideas u opiniones, sino, más bien, que dicha expresión sea realizada con la finalidad de generar odio u hostilidad contra cierto grupo de personas. Lo contrario sería una lamentable reducción del discurso.

Bibliografía citada

Alcácer, Rafael (2012): "Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes". *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, vol. V, n.º 14-02, pp. 2-32.

Alvear, Julio (2021): "La sentencia del TC sobre el 'negacionismo': desclasificando una figura esperpéntica (STC rol 9529)", en Alex van Weezel (ed.).*Sentencias des-*

[40] Considerando primero y ss.

tacadas 2020, una mirada desde las políticas públicas (Santiago, Ediciones L y D), pp. 59-82.

Banda, Alfonso (2002): "Algunas consideraciones sobre derecho a la información y ley de prensa". *Revista de Derecho*, vol. v, n.º xiii, pp. 123-145.

Bilbao, Juan María (2008): "La negación del holocausto en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos: la endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión". *Revista de Derecho Político*, vol. v, n.º 71-71, pp. 19-56.

Fiss, Owen (1996): "El efecto silenciador de la libertad de expresión". *Revista Isonomía*, vol. v, n.º 4: pp. 17-27.

Gómez, Víctor (2012): "Fighting words, Auschwitzlüge y libertad de expresión". *Revista Intersexiones*, vol. v, n.º 4, pp. 77-122.

González, Manuel Ángel (2012): *Marco penal de las libertades de expresión, opinión e información* (Santiago, Librotecnia).

Hernández Basualto, Héctor (2013): "Discriminación y derecho penal. Comentarios a una ponencia de Emanuele Corn". *Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales*, vol. ii, n.º 3, pp. 157-176.

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". *Revista de Derecho*, vol. v, n.º xvii, pp. 139-160.

Nogueira, Humberto (2012): "Informe sobre proyecto de ley que sanciona con cárcel a quienes nieguen, justifiquen o minimicen los delitos de lesa humanidad cometidos en Chile. Boletín Nº 8049-17". *Revista de Estudios Constitucionales*, vol. v, n.º 10-1, pp. 405-426.

Paúl, Álvaro (2001): "La penalización de la incitación al odio a la luz de la jurisprudencia comparada". *Revista Chilena de Derecho*, vol. v, n.º 38-2, pp. 573-609.

Pauner, Cristina (2011): "La defensa de los valores democráticos como límite a la libertad de expresión. Un análisis comparado de la jurisprudencia del TEDH y del TC". *Revista de Estudios Europeos*, n.º 58, pp. 113-158.

Pérez-Madrid, Francisca (2009): "Incitación al odio religioso o hate speech y la libertad de expresión". *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. v, n.º 19, pp. 1-28.

Politoff, Sergio (1999): "Informe sobre los delitos de discriminación en el derecho comparado. (a la luz del proyecto de ley sobre discriminación racial y étnica boletín 2142-17)". *Ius et Praxis*, vol. v, n.º 5-2, pp. 193-213.

Salineros, Sebastián (2013): "La nueva agravante penal de discriminación: Los 'delitos de odio' ". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* vol. xli, pp. 263-308.

Silva, Jesús-María (2003): L*a expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (Madrid, Editorial Civitas).

Tapia, Patricia (2021): "El discurso de odio del art. 510.1.a) del Código Penal español: la ideología como un Caballo de Troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación". *Revista Política Criminal*, vol. 16, n.º 31, pp. 284-320.

Weber, Anne (2009): *Manual on hate speech* (Strasbourg, Council of Europe Publishing).

Otros documentos

Council Of Europe: *Recommendation No. R (97) 20, of the committee of ministers to member states on «hate speech» (Adopted by the Committee of Ministers on 30 october 1997, at the 607th meeting of the Ministers Deputies)*, Disponible en www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/Doc/CM/Rec%281997%29020&ExpMem_en.asp [fecha de consulta: Marzo de 2022].

Normas citadas

Constitución Política de la República de 1980.

Ley n.º 19733, sobre libertad de opinión e información y libre ejercicio del periodismo, publicada en el *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 4 de junio de 2001.

Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948.

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965.

Declaración sobre Todas las Formas de Intolerancia y de Discriminación basadas en la religión o las Convicciones de 1981.

Declaración Universal del Derechos Humanos de 1948.

Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas de 1948.

Proyecto de Ley que tipifica el delito de incitación al odio racial y religioso, *Boletín* n.º 7130-07, de agosto de 2010.

ASISTENCIA JURÍDICA Y PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD: REFLEXIONES ENTORNO A LA ASESORÍA JURÍDICA COMO MECANISMO DE SUPERACIÓN DE VULNERABILIDADES SOCIALES

LEGAL ASSISTANCE AND PROTECTION OF FREEDOM: REFLECTIONS ON LEGAL ADVICE AS A MECHANISM FOR OVERCOMING SOCIAL VULNERABILITIES

Gaspar Jenkins Peña y Lillo[*]

RESUMEN: A través del presente trabajo se busca destacar la importancia de una materialización adecuada del derecho a la asistencia jurídica como elemento de protección de la libertad individual, especialmente vista como presupuesto para alcanzar el máximo desarrollo integral de la persona. De esta manera, se observa la importancia de la asistencia jurídica, su vínculo como herramienta para combatir algunas vulnerabilidades sociales, y el papel que debe detentar el Estado para su concreción, sobre la base de una reciente jurisprudencia de los tribunales nacionales.

PALABRAS CLAVES: Asistencia jurídica, asistencia jurídica gratuita, vulnerabilidad social, garantías procesales

[*] Profesor de Derecho Constitucional e investigador del Centro de Justicia Constitucional, Universidad del Desarrollo. Magíster en Derecho, LLM, Pontificia Universidad Católica de Chile y Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Católica del Norte. Correo electrónico: gjenkins@udd.cl

El autor agradece la especial colaboración de sus ayudantes de investigación, Silvana Gatica Pereira, María José Canessa Ferrer y Cristian Rodríguez Gangale.

Abstract: This paper seeks to highlight the importance of an adequate materialization of the right to legal aid as an element of protection of individual freedom, especially seen as a prerequisite to achieve the maximum integral development of the person. In this sense, we observe the importance of legal aid, its link as a tool to combat certain social vulnerabilities, and the role that the State should play in its realization, based on recent jurisprudence of the national courts.

Keywords: Legal assistance, free legal assistance, social vulnerability, procedural guarantees.

I. Introducción

Como bien observaba Piero Calamandrei[1] en sus estudios, las personas que en general se ven envueltas en litigios suelen ser de aquellas que, de "ordinario", no cuentan con los estudios especializados en derecho necesarios para poder desarrollar, con sus propias herramientas, una adecuada defensa jurídica respecto de sus intereses, cumpliendo debidamente con los actos del proceso. Por ello, la asistencia de un letrado capaz de brindar la correspondiente asesoría jurídica se convierte en un presupuesto trascendental para que los litigantes puedan contar con expectativas reales de satisfacer sus pretensiones, logrando la correcta tutela de sus derechos individuales, cosa que, a la vez, constituye un elemento fundante de una "buena administración de justicia" como consecuencia de que el procedimiento será sustanciado por expertos que velarán por colaborar con el juez para lograr la solución de un conflicto de relevancia jurídica.

La defensa jurídica y el ejercicio de derechos requiere, por tanto, no solo de una voluntad o un interés por su ejercicio, sino que exige, además, el conocimiento cabal respecto del ordenamiento jurídico y sus complejidades, sus procedimientos, y de la técnica procesal que permite la utilización de dichos conocimientos con acierto. Esto explica por qué ya en la Grecia antigua era posible encontrar un reconocimiento formal de defensores letrados encargados de asistir a las personas ante una magistratura[2].

Esta necesidad de contar con una adecuada asesoría para conocer y dominar las normas jurídicas que son aplicables a un conflicto jurídico determinado, adquiere una especial trascendencia cuando dicha persona es, además, objeto de una vulnerabilidad social, como ocurre con el caso de un migrante,

[1] Calamandrei (1996), p. 379.
[2] Gutiérrez (1945), pp. 333-334.

por ejemplo, los que, como explicita el artículo 1.° n.° 11 de la Ley 21325, poseen una situación de vulnerabilidad mayor al encontrarse fuera de su lugar habitual de residencia y, por ende, bajo el amparo de un ordenamiento jurídico que, presumiblemente, desconocen. Se debe reconocer así una desigualdad fáctica a la que está expuesto el "vulnerado" y el "vulnerable" que merma en su calidad de vida en sus oportunidades para obtener una protección de sus derechos más elementales, en especial cuando son amenazados por la acción estatal[3].

Frente a situaciones de vulnerabilidad social, el papel del Estado se vuelve fundamental. En palabras de Rodolfo Arango[4], derechos de trascendencia fundamental, como la asistencia jurídica[5], adquirirían de manera innata una estructura de obligación ineludibles para la comunidad toda –la generalidad–, la que afrontaría dicho compromiso mediante la institucionalidad estatal, brindando a los titulares del derecho una serie de prestaciones y resguardos mediante la implementación de organismos y acciones afirmativas[6] dirigidas a evitar la perpetuación de aquellas desventajas sociales que se consolidan ante el desamparo:

> "Cuando un Estado está vinculado a los derechos fundamentales y a la protección de la dignidad humana, así como obligado a respetar la vida y la integridad corporal, entonces no sólo tiene que proteger al individuo contra ataques de terceros sino también contra los riesgos de la tecnología o las consecuencias negativas de un sistema comercial permitido. Al individuo debe reconocérsele como titular de un derecho general a la protección porque de lo contrario sería tratado como un vasallo, no como un ciudadano"[7].

En el caso de la asistencia jurídica, el Estado ha de desplegar sus esfuerzos para garantizar su respeto y su promoción[8], cosa que logra a través de distintas actuaciones, instituciones y políticas públicas, como el privilegio de pobreza

[3] Ribotta (2010), pp. 17-20.

[4] Arango (2005), pp. 90-95.

[5] Se debe recordar que, en el sistema constitucional actual, el derecho a la asistencia jurídica reviste de un estándar constitucional. Así, según el artículo 19 n.° 3, inciso tercero, de la Constitución Política, se asegura a todas las personas que: "la ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. […]".

[6] Se entenderá por "acciones afirmativas", siguiendo a Rodolfo Figueroa García-Huidobro, toda aquella acción destinada a mejorar la inclusión y la participación de grupos que han sufrido exclusión o discriminación de forma sistemática, generando desigualdades fácticas difíciles de revertir autónomamente por los integrantes de dicho grupo, siendo necesaria así la intervención estatal. Figueroa (2016), p. 403.

[7] Arango (2005), p. 94.

[8] Artículo 5.°, inciso segundo, de la Constitución Política.

o el abogado del turno, destacando, eso sí, la instauración de la Corporación de Asistencia Judicial y demás órganos encargados de brindar el servicio público de la asistencia y defensa jurídica[9].

Sin embargo, la mera consagración de garantías o la instauración de organismos no son suficiente si ellas no se traducen en una realidad palpable y apreciable por aquellos que, por no poder procurársela por medios propios, acuden a la asistencia estatal. El presente trabajo busca indagar en este sentido, revisando los estándares de la asistencia jurídica gratuita brindada por el Estado en aquellos conflictos en los cuales interviene o es acusada una persona en condición de vulnerabilidad, utilizando como punto de análisis un caso real protagonizado por una migrante sujeta a una orden de deportación, para así poder reflexionar si, en estas materias, Chile satisface de manera adecuada su deber constitucional de asegurar a todas las personas, sin distinción de su situación o posición, su derecho a defensa y al asesoramiento jurídico.

II. Del derecho a la asistencia jurídica como presupuesto de la libertad

Una mirada contemporánea de la jurisdicción permite entender que aquella no es una función limitada a mera resolución de conflictos jurídicos, sino que se constituye como una potestad pública destinada enfrentar un desafío mayor dirigido a concretar la *garantía secundaria* o *jurisdiccional* de los derechos fundamentales –y del resto del derecho objetivo– ante afectaciones provocadas por actos u omisiones de distintas entidades[10]. La jurisdicción adquiere un papel de guardián de los derechos fundamentales de los integrantes de la sociedad a nombre del Estado[11], mediante los amplios y plenos controles

[9] Silva (2006), pp. 152-154.

[10] Ferrajoli (2016), pp. 59-65.

[11] "La libertad que garantizan los derechos fundamentales no puede entenderse como una esfera del individuo libre de la influencia estatal, que el Estado simplemente haya de respetar. La procura por el Estado de la efectividad de los derechos fundamentales deviene presupuesto de que llegue a haber una real libertad. El Estado ya no aparece sólo como el enemigo potencial de la libertad, sino que tiene que ser también un defensor y protector. Por su parte, es evidente que este papel no está libre de peligros, ya que una ampliación ilimitada de la responsabilidad y actividades del Estado que desemboque en la omnicomprensiva procura, planificación y configuración estatal, anularía toda configuración existencial autorresponsable. [...] Junto a la particularidad de que [las garantías constitucionales] no sólo obligan al Estado a una abstención, sino también a una actuación positiva, plantean la cuestión de si a la obligación jurídico-objetiva del Estado corresponde, y en qué medida, un derecho subjetivo de las personas y los ciudadanos para demandar del Estado tal actuación". Hesse (2001), p. 95.

que no se limitan a enjuiciar a particulares, sino que alcanzan, incluso, a la Administración o al legislador[12], con la trascendencia de que sus resultados serán relevantes para la sociedad toda[13].

Así, la jurisdicción, a través del proceso, comienza a configurarse como una garantía en sí misma y de la máxima importancia, al ser capaz de defender los derechos fundamentales individuales o colectivos cuando aquellos son desconocidos por cualquier persona –comenzando, como dice Adolfo Alvarado, por la *libertad*– puesto que, a través de ella, logra el débil "igualarse" al opresor y, en la ritualidad característica de un procedimiento adecuadamente construido por la ley, lograr el amparo que anhela por parte del Estado, el que, al mismo tiempo, brindará dicha protección sin dejar de defender el texto constitucional[14].

La libertad como derecho fundamental, en este sentido, solo será realizable en un Estado constitucional que asegure la existencia de una jurisdicción sólida, capaz de entrar en su defensa cada vez que los gobernantes intenten su usurpación indebida[15], exigiéndose, para ello, la construcción de una potestad capaz de resistir los embates de los demás órganos del Estado[16] (donde la cosa juzgada, la obligatoriedad de las sentencias y la coerción se muestran como manifestaciones del gran poder que la Constitución confiere a los jueces[17]),

[12] Bordalí (2020), p. 39; De la Oliva *et al.* (2019), pp. 17-19.

[13] "Lo que esencialmente parece caracterizar a los derechos fundamentales es el hecho de que, aun cuando usualmente se atribuyen al 'hombre', o más bien, al 'individuo' [...], están en realidad dotados de un valor que trasciende al hombre particular y afecta a toda la sociedad. Ante una violación ilegítima de domicilio, un arresto arbitrario o la prohibición de una reunión pacífica, así como frente a una ley o a una sentencia, formal o materialmente inconstitucionales, se sienten directamente afectados todos los ciudadanos y no solamente los inmediatamente interesados; son afectados en su derecho de libertad, que en el fondo es uno sólo (o mejor dicho, está en la base, es la causa de todos los derechos) por lo que pertenece a todo hombre y su lesión hiere a todos y a cada uno de los integrantes de la sociedad". Cappelletti (2010), pp. 18-19.

[14] Alvarado (2012), pp. 107-120.

[15] Calvinho (2018), p. 185. En Chile, sin ir más lejos, el artículo 19 n.º 7 de la Constitución actual consagra como una garantía importante la denominada "reserva de jurisdicción", al establecer que se asegura a toda persona que su libertad personal o ambulatoria (una de las tantas manifestaciones de la libertad) será respetada incluso cuando se lleve una investigación penal en su contra, salvo detención o prisión preventiva decretada por un juez en los casos constitucionalmente establecidos. Véase Díez-Picazo (2013), pp. 73-75.

[16] En Chile, la Constitución actual da cuenta de dicho poder de resistencia en su artículo 7.°, cuando permite declarar la nulidad (en sus más diversas formas según el caso específico) a todo acto estatal que no cumpla con alguno de los presupuestos de validez exigidos por la Carta Fundamental. El inciso tercero del artículo 76, a su vez, dotaría a los tribunales de la potestad de imperio necesaria para exigir, forzosamente incluso, el cumplimiento de sus decisiones.

[17] Gozaíni (2011), pp. 49-53. Véanse, además, las interesantes reflexiones sobre la búsqueda de un elemento distintivo de la jurisdicción respecto de las demás potestades del Estado, encontrada en Nieva (2019), pp. 68-70.

el resguardo fuerte de la independencia judicial (especialmente en su faz externa) y la configuración de procedimientos que sean adecuados para resolver con racionalidad y justicia los distintos conflictos que se sometan al conocimiento de un tribunal[18].

De esta manera, el proceso, entendido como la herramienta a través de la cual se desenvuelve la jurisdicción, se convierte en el cauce para concretar la efectividad de los derechos fundamentales, no solo por la posibilidad de combatir de manera activa los actos atentatorios contra los mismos mediante la acción jurisdiccional, sino, también, porque dentro del proceso los derechos son realizados mediante interpretaciones activas del juez, reforzando su efectividad, incluso más allá de la literalidad expresada por los códigos constitucionales[19]. Sin embargo, para ello no basta solo estar en presencia de un juez predeterminado, independiente e imparcial, sino que se requiere, a su vez, de un proceso materializado en procedimientos debidamente construidos, capaces de contemplar dentro de ellos las distintas garantías que servirán de presupuesto para la adopción de decisiones jurisdiccionales legítimas y adecuadas para dicha tutela efectiva.

1. De la garantía del debido proceso constitucional para la protección de los derechos fundamentales y su relación con la igualdad intraprocesal

El proceso, dentro del contexto de una "jurisdicción constitucional de la libertad"[20], se traduce, así las cosas, en una garantía en sí misma, de carácter abs-

[18] Como señalan De la Oliva *et al.* (2019), p. 19, no es posible que la función jurisdiccional sea ejercida instantánea o abruptamente, sino que requiere de una serie de operaciones intelectuales que deberán canalizarse a través de un conjunto concadenado de actos jurídicos que prepararán y sostendrán las decisiones del juez. Esto, que denominamos "proceso", se materializa con especificidad a través de su procedimientos, los que, según Berizonce (2009), p. 33 y ss., deben ser construidos en relación con el derecho o interés que se declara proteger (teoría de las tutelas diferenciadas), puesto que, de lo contrario, el procedimiento no cumplirá su finalidad y se convertirá en una fuente de frustraciones para sus intervinientes, quienes, necesitados de justicia, serán objeto de desamparos indebidos por parte del Estado.

[19] Cappelletti (2010), pp. 38-41. Como plantea Landa (2006), pp. 139-140, cuando los derechos públicos subjetivos del Estado liberal se transforman en derechos fundamentales e incorporan valores, principios constitucionales y derechos socioeconómicos en el Estado social de derecho, se obliga a jueces y tribunales, así como a la dogmática constitucional, a proveer de técnicas y métodos de interpretación para, a través de sus fallos, dar respuesta a lagunas y demandas de aplicación directa de la Constitución, ya no solo dentro de lo jurídicamente debido, sino dentro de lo constitucionalmente posible Véase también Zapata (1990), pp. 174-175.

[20] Denominación clásica dentro de la doctrina procesal constitucional, con la cual Cappelletti (2010) hacía referencia a una clase "novedosa" para su época de procedimientos dirigidos

tracto, que permite el adecuado desenvolvimiento de la función jurisdiccional, para efectos de dotar de efectividad a los derechos fundamentales frente a afectaciones. De esta manera, el proceso se convierte en una garantía abstracta anterior al conflicto, que se tornará concreta cuando el procedimiento dirigido a brindar de tutela a las personas se pone en marcha[21].

Sin embargo, no cualquier "proceso" logra satisfacer dicho desafío de la manera correcta. La concreción del proceso en procedimientos configurados por la ley obligará al órgano legislativo a establecer las reglas procesales que permitan lograr la tutela de los derechos amenazados, contemplando los medios de protección necesarios para cautelarlos, dotando al juez de los poderes suficientes para reivindicarlos en caso de que ellos sean transgredidos[22]. En otras palabras, el legislador, al momento de idear los canales a través de los cuales se desenvolverá el proceso, debe estar consciente del objetivo específico que con él se pretende alcanzar (una reparación pecuniaria, un cumplimiento forzado, la creación de una situación jurídica, etc.) para, con ello presente, establecer la concatenación correcta de actos, etapas, formas, cargas y oportunidades procesales para alcanzar una sentencia judicial oportuna, sin caer en un vicio de inadecuación del procedimiento[23]. Esto permite que el legislador

a amparar directamente derechos fundamentales, caracterizados por una estructura procedimental y, en especial, por efectos diferentes a los encontrados en los procesos civiles o penales.

[21] Gozaíni (2011), p. 459.

[22] García y Contreras (2013), p. 240.

[23] Romero (2015), pp. 139-140. Ahora bien, la determinación adecuada del objeto del proceso no será el único elemento transcendental para la construcción del procedimiento "racional y justo" (artículo 19 n.º 3, inciso sexto, de la Constitución Política) sino que aquel, además, debe concretar las garantías mínimas para brindar una tutela judicial efectiva a los involucrados. Así, como ha establecido el Tribunal Constitucional chileno al desarrollar la garantía contemplada en el artículo 19 n.º 3 del texto constitucional, la circunstancia de que dicho artículo consagre el "debido proceso" sin enumerar las garantías del justo y racional procedimiento, "[…] no puede ni debe entenderse como que tal precepto carezca de todo contenido y que la Constitución no haya establecido limites materiales al legislador para determinar dichas garantías. Por el contrario, y en ello están contestes la doctrina y la jurisprudencia, la norma constitucional, en su significado literal, interpretación finalista y en los antecedentes de su adopción, establece, a través del concepto genérico de justo y racional procedimiento, un conjunto de límites a la libertad del legislador de aprobar reglas procesales, los que el constituyente decidió no enumerar para evitar la rigidez de la taxatividad y resguardar la necesaria diferenciación que exigen diversos tipos de procedimientos. Concluir lo contrario llevaría, por lo demás, al absurdo de estimar que el precepto constitucional aludido, contenido en el capítulo 'de los derechos y deberes constitucionales', sería letra inútil, pues no establecería derecho alguno de los justiciables frente al legislador, quien estaría facultado para determinar con entera discreción los procedimientos judiciales, mismos que, por el solo hecho de ser fijados por el legislador, generarían siempre un procedimiento racional y justo. Esta tesis no ha encontrado jamás apoyo doctrinal o jurisprudencial". Tribunal Constitucional [2008]

pueda, según cuáles sean los valores, principios o derechos que serán tutelados procesalmente, crear distintos tipos de procedimientos y, por ejemplo, proteger la libertad de las personas a través del procedimiento judicial para la declaración de interdicción (que busca proteger la libertad de decidir) y, al mismo tiempo, a través del *habeas corpus* (que tutela la libertad individual o ambulatoria).

La exigencia de un procedimiento adecuado para cumplir sus objetivos concretos emana, en definitiva, de la garantía de la tutela judicial efectiva, la que obliga al legislador diseñar técnicas orgánico-funcionales y procesales para construir aquello que Luiz Guilherme Marinon[24] denomina "instituciones equilibradoras de las posiciones concretas de las partes" de un juicio, pues solo de esta manera se consigue una verdadera deliberación sobre las circunstancias fácticas y jurídicas que el juez debe considerar para la protección de los derechos fundamentales involucrados[25]. De esta manera, la efectividad de los derechos dependerá de la correcta configuración que realice el legislador, él que, con los procedimientos que instaure, no deberá impedirla u obstaculizarla sin fundamento razonable: por ello, y en palabras de Andrés de la Oliva, allí donde la Constitución reconozca o ampare un derecho fundamental, la ley deberá otorgar una adecuada tutela judicial, aunque ello no sea exigido expresamente por la norma constitucional[26].

Estas "instituciones equilibradoras", en principio, adquieren la forma de garantías mínimas[27] que deberán ser concretadas en todo procedimiento para, a través de ellas, superar las diferenciaciones fácticas generales que puedan detentar los sujetos involucrados en un litigio, alcanzando, con ello, un anhelo de justicia en el caso concreto. Así, por ejemplo, con prescindencia de la posición social de los involucrados (adinerados, pobres, autoridades, migrantes, etc.), ambas partes serán igualadas por el proceso y tendrán una relación equidistante con el juez, a través de la concreción de los principios de independencia e imparcialidad judicial y, por ello, tendrán equivalentes oportunidades para

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de la segunda frase del inciso primero del artículo 171 del *Código Sanitario*, cc. 7°).

[24] Marinoni (2006), pp. 218-219.

[25] Berizonce (2009), pp. 22-25.

[26] De la Oliva *et al.* (2019), pp. 164-165.

[27] En la literatura es posible encontrar distintas opiniones sobre cuáles son aquellas garantías mínimas que serán esenciales para el debido ejercicio de la función jurisdiccional. Así, por ejemplo, para Nieva (2019), p. 83 y ss., dichos presupuestos básicos y fundamentales serán la independencia judicial, el derecho a defensa y la cosa juzgada; pero para Bordalí (2020), p. 263 y ss., encabezarán la lista la independencia e imparcialidad judicial, el juez natural o predeterminado por ley, el derecho a la defensa jurídica, la exclusión de dilaciones indebidas, la publicidad y la motivación de las sentencias.

presentar sus pretensiones y contrapretensiones, alegatos y pruebas, gracias a las manifestaciones transversales que tendrá el derecho a defensa durante todo el procedimiento.

Esto permite configurar, poco a poco, una noción de igualdad que se manifiesta dentro de las relaciones procesales. El principio de igualdad procesal –también conocido como principio de igualdad de armas– exigirá que la configuración legal del proceso asegure debidamente que ambas partes cuenten con medios parejos de "ataque" y "defensa", concretando que ellas tengan iguales posibilidades y cargas procesales, incluso en lo que respecta a la prueba y la impugnación[28]. Así, y como destaca Joan Picó i Junoy:

> "El derecho a la igualdad de armas tiene por objeto evitar una situación de privilegio o supremacía de una de las partes, garantizando así la igualdad efectiva de las posibilidades y cargas del actor y del demandado en la alegación y prueba de los hechos controvertidos para lograr la plenitud del resultado probatorio"[29].

La igualdad de partes, de esta forma, no sería más que una manifestación del principio de igualdad constitucional dentro de la idea del justo y racional procedimiento[30], pretendiendo conceder a los involucrados una misma posición dentro de la dinámica procedimental[31]. Como reconoce Andrés Bordalí[32], este principio respondería a una lógica general, abstracta y aparentemente neutra del derecho, característica de las ideologías ilustradas y de la codificación vivida durante el siglo XIX, que se desprendía de la situación material de las personas para que, dentro del proceso, ellas fuesen vistas en una relación equidistante de la ley y del juez, con total prescindencia de la realidad específica de los intervinientes[33]. De esta forma, la legislación procesal tendría que ser insensible respecto de las desigualdades *de facto* derivadas de los con-

[28] "Todo proceso supone la presencia de dos sujetos que mantienen posiciones antagónicas respecto de una misma cuestión (pretensión y resistencia). Luego, como dice Adolfo Alvarado, si la razón de ser del proceso es erradicar la fuerza ilegítima de una sociedad dada y, con ello, las diferencias naturales que irremediablemente separan a los hombres, es consustancial de la idea lógica de proceso que el debate se efectúe en pie de perfecta igualdad". CORTEZ y PALOMO (2018), p. 17.

[29] PICÓ (2012), pp. 159-161. En un mismo sentido, ESPARZA (1995), pp. 209-210.

[30] HUNTER (2011), pp. 54-55.

[31] MONTERO *et al.* (2018), pp. 253-254.

[32] BORDALÍ (2013), pp. 217-218.

[33] "Siguiendo a Andolina y Vignera, es posible entender la igualdad de armas como 'la obligación del legislador de colocar a las partes del proceso en una posición de paridad, asegurándole un mismo tratamiento normativo y la titularidad de poderes, deberes y facultades simétricamente iguales y mutuamente relacionadas'", HUNTER (2011), p. 55.

textos reales de las personas, realizando el ejercicio de ignorar las diferencias para, con ello, consolidar un estatuto jurídico igualitario o neutro a quienes el derecho categoriza en una misma posición jurídica –las "partes de un juicio", en este caso–. Así, la cláusula general de igualdad podría tener un efecto meramente formal en las relaciones jurídicas[34], escondiendo las diferencias relevantes bajo la figura de la "ceguera de la ley", profundizando con ello, aunque sea de manera indirecta e indeseada, discriminaciones empíricas[35].

Sin embargo, esta forma de entender la igualdad constitucional –y, por ende, su manifestación dentro del ámbito procesal– no puede, hoy, mantenerse inalterable y, por ello, se ha avanzado en el reconocimiento y adaptación de nuevos estándares igualitarios gracias a la necesidad de superar aquellas discriminaciones indeseadas provocadas por esta mirada "neutra" de las normas jurídicas. Esta necesidad permite identificar una noción social de la igualdad, que, mediante la diferenciación[36], avanza en superar las diversas desigualdades de hecho provocadas por el desconocimiento de las diferencias fácticas relevantes que tienen las personas, para construir en su lugar, mediante normas jurídicas, equiparaciones reales y efectivas[37].

Las normas jurídicas que construyen el proceso no serán la excepción, por lo que poco a poco han dejado atrás la imagen de un interviniente abstrac-

[34] Una forma de entender la igualdad desde una perspectiva formal, llama a atender la relación entre los conceptos de 'igualdad' y de 'ley', donde destacan las expresiones de "igualdad ante la ley", que impide al legislador dar tratos privilegiados o desaventajados e "igualdad en la ley", que instruye a la ley la preocupación de no crear grupos privilegiados o desventajados injustamente, cuando ellos no existen en la sociedad. Véase Díaz de Valdés (2019), pp. 38-39. Como plantea Gozaíni (2011), p. 325, la mirada formal de la igualdad respecto de la norma que el juez aplica no debe establecer diferencias, provocando una "igualación lógica" que asegura a las partes de un litigio que, mientras estén en paridad de circunstancias, se aplicarán las mismas soluciones.

[35] Díaz de Valdés (2019), p. 47.

[36] "'La diferenciación puede ser, asimismo, expresión del valor igualdad ante la ley. Se trata de una *diferenciación en el trato basado en la existencia de condiciones relevantes* respecto a los efectos de las normas [...]'. A partir de esta categoría, se puede comprender que el principio de igualdad exigirá en ciertos casos obviar ciertas diferencias fácticas y equiparar personas y/o situaciones distintas, con el objetivo de otorgar una igualdad de trato (*igualdad por equiparación*). En otras ocasiones, y por el contrario, el principio de igualdad exigirá *recoger diferencias fácticas existentes* para efectos de diseñar un estatuto diferenciado, porque solo de esa manera se puede garantizar la igualdad de trato (*igualdad por diferenciación*)" [las cursivas son del autor]. Figueroa (2000), pp. 15-16.

[37] Fernández (2001), p. 26. Según Esparza (2017), pp. 31-32, uno de los principales conflictos que ha vivido la noción de 'igualdad' es, justamente, su relación con la diferencia, lo que, a la larga, ha permitido la construcción de un "derecho desigual" que busca reconocer las importancias empíricas de ciertas condiciones, características o realidades de las personas, para así poder "visibilizarlas" dentro de las relaciones jurídicas que lo requieran para, dentro de ellas, brindarles un efecto jurídico concreto que sea capaz de superar la categorización de "iguales" y sus defectos discriminatorios perjudiciales.

to y neutro, para comenzar a identificar litigantes desiguales, con situaciones de vida disímiles, que requerirán de acciones afirmativas que las protejan de la igualdad formal[38]. Así, el legislador se verá compelido a establecer ciertas diferencias de trato cuando sea exigido por la razonabilidad y esté justificado por la necesidad de asegurar a todas las personas idénticas posibilidades de acceder a la justicia, compensando desigualdades materiales para, como decía el Eduardo Couture, "restablecer el equilibrio perdido"[39].

Lo anterior es de profunda relevancia, puesto que obliga a construir un procedimiento judicial sustentado en garantías procesales concretas, que permitan superar aquellas diferencias fácticas existentes entre las partes mediante la instauración de "desigualdades normativas", cumpliendo el postulado constitucional contemplado en el artículo 19 n.º 3 de la Constitución Política, cuando asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos[40]. Esto, en palabras del Juan Montero[41], implica distinguir, a su vez, entre dos planos de igualdad dentro del ámbito procesal: uno relacio-

[38] Bordalí (2013), p. 218; Díaz de Valdés (2019), pp. 154-169.

[39] Referencia encontrada en Gozaíni (2011), pp. 325-326. Véase Picó (2012), pp. 160-161.

[40] Al respecto, existe una importante jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno sobre la constitucionalidad de las diferencias procesales que se pueden graficar mediante los siguientes considerandos: "Octavo.- Que, desde luego, cabe desechar la pretensión de la requirente en virtud de su propio fundamento, consignado en el considerando anterior, pues la igualdad ante la ley o en el ejercicio de los derechos no puede consistir en que las partes que confrontan pretensiones en un juicio tengan idénticos derechos procesales. Del momento en que uno es demandante y el otro demandado, tendrán actuaciones distintas; el uno ejercerá acciones y el otro opondrá defensas y excepciones. Cada una de esas actuaciones procesales estará regida por reglas propias, que no pueden ser idénticas, pues las actuaciones reguladas no lo son. Se podrá examinar si las reglas propias de las demandas y de las excepciones permiten trabar una contienda regida por principios de racionalidad y justicia; podrá examinarse si las reglas que, en principio debieran ser comunes para ambas partes, como la facultad de probar o de impugnar un fallo, establecen diferencias que puedan ser calificadas de arbitrarias; pero no puede pretenderse que actuaciones diversas, como lo son una demanda ejecutiva y la interposición de excepciones para oponerse a dicha demanda, queden sujetas a un mismo estatuto; [...].

Décimo primero.- Que, desde luego, la diferencia se ha establecido en razón de criterios objetivos, que tienen relación con la naturaleza de la deuda que se cobra y con el título ejecutivo que se invoca. El trato diferente no hace acepción de personas, ni depende de características subjetivas adscritas, como podría ser la edad, sexo, raza, origen social o nacional o hace preferencias en virtud de otra categoría que pudiera resultar inaceptable para la diferencia de que se trata, como lo sería la condición social, la posición económica o las creencias del demandado. En consecuencia, y por estos motivos, no cabría considerar la diferencia como arbitraria". Tribunal Constitucional (2008): Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 5° de la Ley 17.322 sobre Cobranza Judicial de Cotizaciones, Aportes y Multas de las Instituciones de Seguridad Social, cc. 8° y 11°.

[41] Montero *et al.* (2018), p. 253 y ss.

nado con la existencia de una legislación sustentada sobre la igualdad formal, y un segundo estándar, vinculado con la apreciación de la igualdad en la práctica. Esta última faz busca, en específico, quebrar el entendimiento formal de la igualdad, para lograr un cambio en la realidad de los intervinientes y asegurar, de esta manera, un sentimiento de justicia empírico, que permita superar los embates de la vida social. En otras palabras, la ley se convierte en un canal para lograr alcanzar una equiparación en las relaciones jurídicas de las personas cuando ellas deben resolver conflictos mediante la vía jurisdiccional.

Sin embargo, no toda desigualdad fáctica debe ser compensada por la ley[42], sino que solo aquellas que, indeseablemente, afectan el equilibrio que debe existir entre los derechos de defensa de cada una de las partes. Se trata, en definitiva, de sostener un adecuado y razonable equilibrio entre las cargas, oportunidades y posibilidades que detentan las partes para que estas puedan influir en el resultado final del proceso[43]. De esta forma, el legislador deberá ser capaz de apreciar la realidad e identificar los factores materiales que provocan diferencias estructurales de una entidad tal que sean capaces de distorsionar el equilibrio sobre el cual se debe sustentar todo proceso, creando, en consecuencia, mecanismos e instituciones procesales que sean idóneas para contradecir los efectos de estas diferencias para garantizar el trato igualitario *intraproceso*. Así, mediante ejecuciones provisionales, medidas cautelares, el principio de oralidad, la carga dinámica de la prueba o la prueba de indicios, la sanción a incidentes dilatorios o la supresión de formas inútiles, entre otras, el legislador buscará la creación de un estatuto privilegiado para un grupo de justiciables que pueden ser vistos socialmente como más débiles[44], para que, así, se alcance una paridad procesal que sea capaz de desechar la posibilidad de que la igualdad de derecho se traduzca en una desigualdad de hecho[45].

2. La vulnerabilidad como fuente de desequilibrio procesal

Dentro de aquellas problemáticas externas que producen un mayor impacto en los equilibrios que deben existir dentro del proceso encontraremos a la *vulnerabilidad social*, esto es, aquella fragilidad que padece un grupo de personas en

[42] Se debe recalcar el hecho de que, dentro de la dinámica procesal, las medidas de equiparación o igualación han de ser previstas por la ley, y no emanar de una decisión subjetiva e individual del juez instructor. El establecimiento de un trato procesal desigualitario no puede depender del criterio del tribunal, puesto que de esa forma se destruye la seguridad jurídica y la imparcialidad. Véase Montero *et al.* (2018), pp. 255-256.

[43] Hunter (2011), pp. 55-56.

[44] Romero (2015), p. 148.

[45] Montero *et al.* (2018), p. 257.

razón a determinadas condiciones ambientales o socioeconómicas desfavorables y persistentes, que las exponen a situaciones de mayor riesgo, falta de control o imposibilidad de cambiar sus circunstancias, derivando, de esta manera, en un estado permanente de desprotección[46]. La imposibilidad o gran dificultad para modificar el estado de desventaja que los afectados sufren debido al cúmulo de circunstancias y condiciones que lo invaden, puede tener como consecuencia la situación de *vulnerabilidad*, esto es, la carencia de la posibilidad de ejercer y disfrutar de los derechos y libertades fundamentales[47] que permiten la construcción libre de las decisiones que se han de tomar para desplegar el curso básico de proyecto vital propio, puesto que, en definitiva, son desprendidos –absoluta o relativamente– de la capacidad de proteger sus propios interés[48].

De esta forma, la vulnerabilidad se traduce en una barrera para alcanzar, gozar o detentar el poder, la inteligencia, la educación, los recursos o la fuerza suficiente para desplegar aquellas acciones que permitan el ejercicio informado y libre de los derechos que poseemos. Estas barreras producen, en definitiva, un quiebre a las igualdades esenciales sobre las cuales se han intentado construir las sociedades modernas, creando grupos de personas capaces de ejercer sus derechos y otras que no. Así, será la misma sociedad la que deberá combatir proactivamente dichas desigualdades estructurales mediante instituciones y obligaciones que sean capaces de proporcionar, sin solicitud previa de aquel que está debilitado o marginado, los canales adecuados para el efectivo goce de derechos y libertades fundamentales[49].

---

[46] Feito (2007), pp. 10-11. En palabras de dicha autora: "este planteamiento permite entender que la vulnerabilidad social supone la vulnerabilidad antropológica [esto es, aquella fragilidad derivada de la salud y la susceptibilidad de sufrir enfermedades o limitaciones físicas], pero la amplifica notablemente en función de factores ambientales o sociales, que interaccionan entre sí hasta el punto de hacer muy compleja la atribución del daño a una sola causa. Los espacios de vulnerabilidad son entonces centros de confluencia de amenazas potenciales que, aun no siendo por sí mismas dañinas, se convierten en entornos deletéreos". Feito (2007), p. 11.

[47] "Por su parte, Amartya Sen propuso una caracterización de la pobreza que es sumamente acertada: la pobreza es, a fin de cuentas, falta de libertad". Cortina (2017), p. 129.

[48] Kottow (2012), p. 30. "La Corte [Interamericana de Derechos Humanos] en su Opinión Consultiva OC 18/038, señala que la vulnerabilidad se ve propiciada por situaciones de iure y de facto. Las situaciones de iure consisten en la limitación de acceso a derechos, pues en la práctica no existe una igualdad de goce y ejercicio de derechos y prestaciones; la posibilidad de acceso y ejercicio de derechos está supeditada a factores culturales, sociales y económicos. Las situaciones de facto consisten en los elementos estructurales del sistema estatal, los cuales dicen relación con dinámicas históricas de exclusión estructural que poseen una dimensión ideológica, diferente según el contexto histórico de cada caso". Álvarez (2020), p. 16. Véase Malem (2017), pp. 30-35.

[49] "De allí que el lenguaje de obligaciones sea más vinculante en su compromiso y más controlable en su cumplimiento que la proclamación de derechos. Las obligaciones de proveer

A pesar de que lo señalado tiene claras implicancias generales, puede ser abordado por sobre todo respecto del ejercicio de los derechos fundamentales o de las garantías de carácter procesal, como el acceso a la justicia o el derecho de defensa. En este contexto, la vulnerabilidad social puede ser entendida como una condición que aqueja a un grupo de personas que, por razón de su edad, género, estado de salud, etnia, nacionalidad, circunstancias sociales, económicas o culturales u otras, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud sus derechos ante el sistema de justicia reconocido por el ordenamiento jurídico[50]. Como lo plantea Andrés Bordalí[51], el proceso, a través de la legislación procesal, ha ido dejando de lado aquella concepción formal de la igualdad, para, en su lugar, considerar y asumir la condición material de los litigantes, con el objetivo de que se establezcan los medios técnicos idóneos para garantizar el derecho a defensa en igualdad de condiciones a los miembros de la sociedad que no son objeto de una circunstancia o condición originadora de un estatus de vulnerabilidad[52].

servicios y bienes básicos son universales por corresponderle a todo ser humano, son especiales al originarse en roles, instituciones y relaciones específicas, y son obligaciones perfectas desde el momento que son identificables los portadores de deberes y los portadores de derechos. Las obligaciones especiales y perfectas requieren estructuras sociales o prácticas que conectan a agentes específicos con receptores de acción a su vez específicos, a quienes aquellos se deben y para quienes tienen el deber de proveer, siendo que estos son los detentores de los respectivos derechos especiales. [...] Es tarea de la bioética velar porque los servicios y bienes proporcionados a los vulnerados cumplan con los requerimientos de la razón comunicativa y sean conducentes a la emancipación de personas y comunidades, velando por lograr el empoderamiento de los vulnerados para obtener o recuperar sus capacidades básicas, incluyendo participación social y política. La sociedad debe empoderar a las personas a fin de permitir su participación en la formación y formulación de políticas públicas de corrección de vulneraciones; compensaciones de desigualdades injustas; y la forja de un espacio privado de ejercicio autónomo de capacidades e inmune a intervención pública indebida" Kottow (2012), pp. 41-42.

[50] Definición encontrada en regla n.º 3 de la sección 2ª del Capítulo Preliminar de las "100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad", elaborada en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. Documento disponible en www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf [fecha de consulta: 29 de abril de 2022].

[51] Bordalí (2013), p. 218.

[52] Malem (2017), p. 89. Dicha necesidad de crear mecanismos de igualación para el ejercicio de los derechos procesales no solo tendrá como fundamento la búsqueda de la superación de la vulnerabilidad social, sino que, también, tendrá una justificación desde la perspectiva del ejercicio democrático de la función jurisdiccional. Siguiendo –en parte– a Gargarella (2010), podemos afirmar que la jurisdicción tendría la propensión de generar decisiones imparciales y sujetas desinteresadamente al derecho vigente, resultado solo posible cuando en la construcción de la decisión judicial participan de forma incidente en el foro público (o sea, en el proceso) aquellos individuos o grupos que se verán afectados por ella, pues, de dicha participación depende la legitimidad de la decisión. Sin embargo, la participación no será el único presupuesto, puesto que no debe producirse sin más, sino con la real posibilidad de que los

Sin embargo, no todo factor de vulnerabilidad social será necesariamente fuente de un desequilibrio procesal que justifique la creación de un mecanismo de equiparación, y aquellas que sí lo sean, no siempre darán lugar a una misma solución. Ejemplo son la creación de tutelas procesales privilegiadas, las que buscan enfrentar las diferencias que puedan existir entre las partes de un conflicto derivadas de la relación jurídico-material que existe entre ellas (como ocurre con la implementación del procedimiento de tutela de derechos de los consumidores o de los trabajadores, que seguirán reglas especiales respecto del tradicional juicio contractual civil[53]) o la especial consideración que se debe tener respecto del bien o interés jurídico que debe ser tutelados por el proceso (como ocurre con los procedimientos sumarios o de urgencia para la protección de derechos fundamentales[54]).

En este sentido, adquiere una especial relevancia la vulnerabilidad social que sufre gran parte de la población que, ya sea por razones de edad, estatus migratorio, situación económica, educación, preparación, entendimiento, otras, o una suma de todas ellas, carece, en la práctica, de la información jurídica básica para desempeñar, de forma adecuada y útil, una defensa de sus intereses y derechos a través de la jurisdicción. En otras palabras:

> "Si se carece del conocimiento del derecho no se puede hacer uso de él. Bien sea por ignorancia de las posibilidades que ofrece el sistema jurídico, por falta de recursos económicos para contar con el asesoramiento técnico-jurídico adecuado, por la costumbre de resolver problemas al margen del Estado o por cualquier otra causa originada en su situación, [las personas en situación de vulnerabilidad] difícilmente acceden, de hecho, a los tribunales para hacer valer sus pretensiones"[55].

La complejidad del lenguaje utilizado por el derecho, la gran cantidad de normas vigentes, y los costos elevados de honorarios y costas judiciales, crean un obstáculo de acceso difícil de sortear por aquellos aquejados por una posición de vulnerabilidad, los que, por lo general, observarán al ordenamiento jurídico como un "laberinto misterioso e impenetrable"[56], reservado solo para especialistas y para gente que cuenta con los recursos económicos suficientes para contar con el apoyo de dichos especialistas. La protección ju-

intervinientes sean capaces de persuadir a su audiencia (el juez) y de, a la vez, entregar la mayor cantidad de información a aquel que decidirá, para que así sus reflexiones no se sustenten en informaciones incompletas.

[53] Bordalí (2013), pp. 218-219.

[54] Berizonce (2009), pp. 16-17.

[55] Malem (2017), p. 89.

[56] Accatino (1999), p. 8.

rídica se vuelve, de esta forma, inalcanzable por sí misma para un gran parte de nuestra población, la que queda expuesta a vulneraciones de sus derechos por parte de los demás, las que, incluso, pueden perpetuarse dentro de las etapas procesales. Como ejemplifica Jorge Malem:

> "La infanta Cristina de Borbón, hermana del actual Rey de España [...], tuvo en su defensa en juicio un equipo de al menos cinco prestigiosos abogados. Uno de ellos fue un 'padre de la Constitución española', otro, un muy prestigioso catedrático de Derecho Penal. No ha trascendido el monto de los honorarios de estos juristas, ni el origen de los fondos con los que fueron abonados. A pesar de que estos datos permanecen en la ignorancia, no resulta imposible aventurar que un pobre no puede tener este equipo de abogados defensores, simplemente porque no puede pagarlo"[57].

La desigualdad de partes se manifestará en una desigualdad respecto de la "cultura jurídica" de la que están impregnados los intervinientes y sus asesores, siendo combatida, principalmente, a través de la institución de la "asesoría jurídica", la que, incluso, deberá ser brindada de forma gratuita por el Estado a todos los litigantes que así lo necesiten. De esta manera, uno de los más importantes mecanismos para restaurar una potencial diferencia entre los litigantes consistirá en obligar su intervención en el juicio a través de expertos en derecho[58].

3. La asistencia jurídica como mecanismo necesario para la superación de la vulnerabilidad sustentada en la falta de conocimiento jurídico

Una de las tareas más relevantes de los abogados en una sociedad es explicar el sentido de las normas jurídicas vigentes a sus conciudadanos, cumpliendo, de esta manera, una imprescindible labor social, a lo cual se suma que, los profesionales del derecho asumen una importante responsabilidad materializada en las garantías de defensa y asesoría de todos los litigantes[59], con independencia de su riqueza patrimonial[60]. La importancia de la asesoría jurídica radicará en la evolución y complejización del sistema jurídico del que se somos parte, cada

[57] Malem (2017), pp. 89-90.

[58] Nieva (2019), p. 136.

[59] En Chile, la legislación, por regla general, exigirá la comparecencia en juicio del litigante con patrocinio de un abogado, siendo excepcional la posibilidad de acudir representado por un estudiante de los cursos más avanzados de la carrera de derecho o, en algunos procedimientos, por sí mismo. Bordalí (2020), p. 266.

[60] Nieva (2019), p. 136.

vez más numeroso y especializado, y que, por ello, se escapa un poco más del dominio cotidiano de los miembros *legos* de la sociedad, para convertirse en el objeto de estudio monopólico de los juristas. Esto, por lo general impide a los desconocedores del tecnicismo jurídico poder ofrecer una eficiente defensa de sus intereses, quedando subordinados al apoyo del abogado, profesional que se encuentra en una posición privilegiada por su oficio para hallar los argumentos correctos para el soporte de pretensiones y contrapretensiones[61].

El derecho a contar con la asistencia jurídica de un letrado se eleva al estándar de una garantía constitucional[62], cuyo contenido busca asegurar que los litigantes e interesados en acceder a información legal[63] puedan contar con el asesoramiento técnico y la representación judicial de parte de quienes merezcan su confianza[64], debiendo ello ser proporcionado por el Estado en determinadas ocasiones, sancionándose todo impedimento u obstaculización contra la intervención del letrado[65].

---

[61] Calamandrei (1996), pp. 391-393. La importancia de la asistencia jurídica responde, a la vez, a la necesidad que detenta el juez de ser auxiliado por los intervinientes para la tramitación célere de los procedimientos, puesto que: "la justicia, cuyo recto funcionamiento tiene una altísima importancia social, no podría proceder sin graves obstáculos si los jueces, en vez de encontrarse en contacto con defensores expertos en la técnica jurídica, hubiesen de tratar directamente con los litigantes desconocedores del procedimiento, incapaces de exponer con claridad sus pretensiones, perturbados por la pasión o la timidez. Las formas procesales sirven, no obstante la contraria opinión que puedan tener de ello los profanos, para simplificar y acelerar el funcionamiento de la justicia, como la técnica jurídica sirve para facilitar, con el uso de una terminología de significado rigurosamente exacto, la aplicación de las leyes a los casos concretos [...]". Calamandrei (1996), p. 393.

[62] Según el artículo 19 n.º 3, incisos segundo y tercero, la Constitución Política garantiza: "toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos.

La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes".

[63] "El abogado debe ser leal con las creencias del cliente como una forma de hacer posible que la justicia sea un servicio en donde los ciudadanos también son autores de las decisiones que se toman y que les afectan". Larroucau (2020), p. 372.

[64] "El derecho a defensa supone también el derecho de las partes a ser representadas por un letrado y a escoger un abogado de su confianza (artículo 8.2 letra d). Ello supone que las partes podrán elegir libremente y sin presiones al abogado que consideren más adecuado para defenderse en juicio, lo que puede fundarse por diversas razones, como el prestigio profesional o una relación de amistad previa con el abogado". Vargas y Fuentes (2019), p. 155.

[65] Picó (2012), p. 125; De la Oliva *et al.* (2019), p. 171.

Es por ello que, a través de esta garantía, el ordenamiento jurídico busca brindar a las partes el conocimiento y la experiencia adecuada para poder actuar en el proceso en la forma más conveniente para sus intereses[66], pudiendo defenderlos de una manera efectiva y eficiente que no sería posible sin la ayuda del letrado[67], pero pretendiendo, al mismo tiempo, asegurar la efectiva realización del principio de igualdad de partes y de contradicción, imponiendo al juez el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición de las partes o limitaciones en la defensa que puedan provocar indefensión[68]. Lo dicho ha permitido que la asistencia del letrado sea considerada como uno de los principales derechos de naturaleza procesal que integran las garantías mínimas de un debido proceso, al punto de considerársele un presupuesto de validez y, por ende, un derecho irrenunciable para aquellos procedimientos de carácter penal[69].

De esta manera, la asistencia jurídica servirá como una herramienta fundamental para superar situaciones de vulnerabilidad social, puesto que asume, como señala Piero Calamandrei:

> "Que las partes, aun cuando tienen plenamente capacidad de accionar, no puede, de ordinario, cumplir personalmente todas las actividades con que se instaura y se despliega la relación procesal, ni exponer por sí las propias razones en juicio; sino que deben necesariamente servirse, para tratar con el juez, de la obra intermediaria de juristas especializados, únicos que tienen el poder de actuar y de hablar en el proceso en nombre y en interés de las partes"[70],

función que, por ende, implica una gran responsabilidad, ya que su ejercicio negligente o los daños que emanan del mal trabajo de un abogado se traducirá

[66] "La defensa técnica supone que un defensor asesore al investigado sobre sus deberes y derechos, sobre la posibilidad de ejercer recursos contra actos que afecten derechos, y ejecute, *inter alia*, un control crítico y de legalidad en la producción de pruebas". Ibáñez (2020), p. 297.

[67] "No basta con que se dé formal o aparentemente la asistencia del letrado –supuestos de designación de abogado de oficio–, es decir que éste haya sido nombrado, sino que la misma deberá ser una 'asistencia técnica efectiva' para garantizar 'el verdadero contenido de la garantía constitucional en el proceso". Esparza (1995), p. 204. "De este modo, un abogado que cuestiona el peso de la prueba presentada en contra de su cliente no hace algo reprochable incluso cuando sabe que su cliente es culpable. La explicación para ello es que el abogado tiene una obligación moral de adoptar el mejor curso de acción disponible para su cliente". Larroucau (2020), p. 373, esto es, ofrecer la defensa que el cliente, por más que quiera, no podría ofrecerse a sí mismo.

[68] Picó (2012), pp. 125-126. Según Esparza (1995), pp. 101-102, la trascendencia de este derecho no es poca, pues, al mismo tiempo, se convierte en un mecanismo de prevención para evitar la dictación de sentencias erróneas, especialmente en los procedimientos penales.

[69] Esparza (1995), p. 203; Romero (2015), pp. 33-34.

[70] Calamandrei (1996), p. 387.

en una abierta afectación a derechos fundamentales, debido a que implicarán una negación al derecho de defensa de su asesorado[71].

Por estas razones, en Chile, la asistencia jurídica adquiere –indirectamente– el carácter de una obligación *interprocesal*, porque será aplicable, para gran parte de los procedimientos judiciales, lo establecido en el inciso primero del artículo 2.° de la Ley n.º 18120, cuando ordena:

> "Ninguna persona, salvo en los casos de excepción contemplados en este artículo, o cuando la ley exija la intervención personal de la parte, podrá comparecer en los asuntos y ante los tribunales a que se refiere el inciso primero del artículo anterior[72], sino representada por un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, por procurador del número, por estudiante actualmente inscrito en tercero, cuarto o quinto año de las Escuelas de Derecho de las Facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales de alguna de las universidades autorizadas, o por egresado de esas mismas escuelas hasta tres años después de haber rendido los exámenes correspondientes [...]".

Con esto, la legislación intenta afrontar la falta de conocimiento jurídico o de formación legal que pueden detentar los litigantes, canalizando su actuación a través de profesionales del derecho. Pero esta ignorancia jurídica no es, en realidad, la principal causa de vulnerabilidad en la materia, pues la falta de recursos económicos tendrá un protagonismo que no se puede ignorar respecto al acceso a la justicia.

La pobreza es, tal vez, uno de los principales factores de vulnerabilidad y exclusión social, desigualdad de trato, estigmatización, aislamiento y restricción en el acceso a bienes y servicios[73], que merma la posibilidad de que los ciudadanos no letrados puedan contar con la asesoría jurídica vista como un servicio profesional, brindada por especialistas que cobrarán una justa remuneración a cambio de sus labores. El factor económico se perpetúa, de esta forma, en un obstáculo que transforma a la asistencia jurídica en un bien al que solo algunos podrán recurrir[74]. Frente a dicha inaccesibilidad, el Estado adquiere un papel especial, dirigido a reprimir y eliminar la desigualdad procesal que se produce cuando una de las partes no puede contar con la asistencia de un letrado por la limitación que le impongan sus ingresos económicos. Así, y especial-

[71] Nieva (2019), p. 136.

[72] "La primera presentación de cada parte o interesado en asuntos contenciosos o no contenciosos ante cualquier tribunal de la República, sea ordinario, arbitral o especial, deberá ser patrocinada por un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión".

[73] Contreras y Tobar (2019), pp. 567-569.

[74] Picó (2012), pp. 69-70.

mente desde que entendemos a la asistencia jurídica como un derecho fundamental[75, 76], el Estado adquiere el papel de desplegar sus esfuerzos para concretar su satisfacción[77], a través de las políticas públicas que sean necesarias[78].

Surge así la garantía de la *asistencia jurídica gratuita*[79], derecho fundamental de naturaleza social, dirigido a enfrentar de forma directa a la pobreza y la falta de formación jurídica como criterios de vulnerabilidad social mediante la exención de los costos económicos inherentes al servicio de asistencia técnica letrada tanto fuera como dentro del proceso, asumiendo el papel de resguardar aquello para evitar que la igualdad procesal y el derecho a defensa sean garantías vacías de contenido por factores externos y no disponibles por las partes[80].

El Estado asume, por mandato constitucional –artículo 19 n.º 3 de la Constitución vigente–, la responsabilidad de satisfacer la garantía a través de una serie de obligaciones positivas que se desplegarán a través del actuar de sus principales órganos de impulso político, los que deberán crear las instituciones y políticas públicas necesarias[81]. Así, el Estado deberá adoptar medidas *normativas*, como el reconocimiento del derecho en la Constitución Política y su desarrollo en la legislación pertinente; *políticas*, que permitan la creación de órganos y servicios públicos para asumir la labor, contando para ello con el presupuesto pertinente y *administrativas*, tanto de gestión como de diagnóstico, dirigidas a obtener información sobre las verdaderas necesidades de aquellos que se encuentran en una situación de vulnerabilidad[82].

---

[75] Reconocer que la asistencia jurídica es un derecho fundamental integrante del conjunto de garantías que configuran el debido proceso, implica aceptar que su sustrato se encuentra en la dignidad humana, por lo que será parte de aquel núcleo de presupuestos imprescindibles para la configuración del estatus vital mínimo de toda persona en sociedad, revistiendo así un carácter primario y trascendente para el adecuado desarrollo material y espiritual. Aldunate (2008), pp. 47-48.

[76] Una de sus primeras manifestaciones en un texto de rango constitucional, la encontramos en la VI Enmienda de la Constitución estadounidense (de 1791), que elevó a rango constitucional el derecho de todo acusado a contar con el consejo técnico de un defensor dentro del marco de un proceso penal, incluso cuando aquel no pudiese costearla por sí mismo.

[77] Para Romero (2015), pp. 29-34, serán medidas dirigidas a superar la pobreza como factor de vulnerabilidad en el proceso la gratuidad de la justicia, el privilegio de pobreza, la asistencia jurídica gratuita, la institución del abogado del turno, el establecimiento de presunciones para facilitar la litigación, entre otras.

[78] Así, el Estado deberá afrontar los problemas de los costos derivados del derecho, encontrados en la existencia de los honorarios que se deben pagar a los asesores jurídicos, en el funcionamiento mismo de la maquinaria jurisdiccional, entre otros.

[79] Para un mayor desarrollo sobre la asistencia jurídica gratuita como derecho fundamental, véase Jenkins (2021).

[80] Picó (2012), p. 69.

[81] Nieva (2019), p. 135.

[82] Carbonell (2004), pp. 786-790.

Ejemplo de lo anterior son la exoneración total –o casi total– del pago de los gastos procesales, incluyendo el asesoramiento y la orientación previa al proceso, la representación y defensa judicial dentro del procedimiento judicial, la asistencia pericial y de traductores, exenciones y reducciones en aranceles notariales y registrales, así como otros beneficios derivados de la situación de pobreza (como las inserciones gratuitas en periódicos y la imposibilidad de ser condenado en costas)[83].

En Chile, muchas de estas concreciones podrán ser encontradas en la legislación procesal (como el "beneficio de pobreza"), pero los servicios públicos que son necesarios para el ejercicio del derecho serán encomendados a las Corporaciones de Asistencia Judicial, órganos descentralizados y dependientes del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, dotados de personería jurídica y patrimonio propio, encargados de asumir, en nombre del Estado, el servicio de asistencia jurídica gratuita en favor de las personas de escasos recursos. Lamentablemente, son conocidas las críticas al desempeño de estas corporaciones: falta de presupuesto, falencias de personal, representación judicial a través de postulantes a abogados sin mayor experiencia y la negativa de prestar sus servicios cuando la ley permite la comparecencia personal de los litigantes o cuando el eventual demandado es el Estado[84].

III. De la deficiencia del sistema chileno de asistencia jurídica gratuita como vía de protección de la libertad: Reflexiones sobre el caso Olmedo Bustos con Corporación de Asistencia Judicial

La creación de un sistema dirigido a concretar el derecho fundamental de la asistencia jurídica gratuita, integrado por una institucionalidad y políticas públicas específicas, debe estar en constante revisión respecto de si aquel es capaz de satisfacer de manera adecuada el objetivo deseado, generando un cambio concreto en la vida cotidiana de las personas sujetas a factores de vulnerabilidad social como lo es la conjunción de la falta de preparación, la pobreza, la migración, u otras, tal como ocurrió en el caso Olmedo Bustos con Corporación de Asistencia Judicial de Tarapacá y Antofagasta[85].

[83] De la Oliva *et al.* (2019), pp. 182-187.

[84] Sobre estas críticas, véase Jenkins (2021), pp. 201-204; Balmaceda (2000), pp. 721-725.

[85] Corte de Apelaciones de Arica (2021): Olmedo Bustos con Corporación de Asistencia Judicial de Tarapacá y Antofagasta, confirmada en segunda instancia en Corte Suprema (2021): Olmedo Bustos con Corporación de Asistencia Judicial de Tarapacá y Antofagasta.

A mediados del año 2020, la Intendencia Regional de Arica y Parinacota, en ejercicio de las potestades que antiguamente les confería el decreto ley n.º 1094, de 1975, decretó una orden de expulsión en contra de una ciudadana venezolana que, a juicio de la autoridad, habría realizado un ingreso irregular al país. Lo interesante del caso no es aquel decreto de expulsión, sino lo que ocurriría cuando dicha ciudadana venezolana, migrante, pobladora de una "toma habitacional" y sin trabajo estable (o sea, en ella se concentraban varios criterios de vulnerabilidad social) acude ante la entidad pública con la finalidad de solicitar ayuda y orientación jurídica.

De la lectura de la pretensión deducida por la actora, así como por la parte expositiva del fallo de primera instancia, se puede apreciar que, el caso tendría su origen cuando la recurrente se comunicó, a través de correo electrónico, con la Corporación de Asistencia Jurídica de Tarapacá y Antofagasta, debido a que le fue informado de la existencia de una orden de expulsión, con instrucción de ejecución –dando a entender con ello, un contexto protagonizado por la necesidad de un apoyo urgente ante una medida que afectaría su libertad ambulatoria de forma severa–.

Según relata la actora, dicho correo no habría tenido una respuesta concreta sino luego de seis días, momento en el cual la Corporación informaría que sus antecedentes fueron derivados a una organización privada (el Servicio Jesuita a Migrantes) y al Instituto Nacional de Derechos Humanos, ello por una supuesta sobrecarga en sus atenciones, lo que haría imposible acceder a la asesoría que la recurrente requería. De esta manera, ante la necesidad de una ayuda más o menos urgente, el servicio estatal habría optado por derivar la atención a un organismo externo, cosa que ella sintió como un desamparo y como el desconocimiento del deber de asesorar jurídicamente a personas en situación de vulnerabilidad[86].

Por otro lado, la defensa de la recurrida plantearía que, según los deberes de actuación que le son impuestos por el –en ese entonces– ordenamiento jurídico vigente[87] (y, en especial, sus propios estatutos), ella está obligada

[86] Según el artículo 2.° de la Ley n.º 17995, a través de la que se crea la Corporación de Asistencia Judicial: "Dichas corporaciones gozarán de personalidad jurídica, tendrán patrimonio propio y no perseguirán fines de lucro. Su finalidad será prestar asistencia jurídica y judicial gratuita a personas de escasos recursos. Además, proporcionarán los medios para efectuar la práctica necesaria para el ejercicio de la profesión a los postulantes a obtener el título de abogado".

[87] Cabe mencionar que, meses después, en Chile se dictaría la Ley n.º 21325, actual Ley de Migración y Extranjería, la que contempla en su artículo 141: "Los extranjeros afectados por una medida de expulsión tendrán derecho a la defensa jurídica a través de las Corporaciones de Asistencia Judicial, en igualdad de condiciones que los nacionales, de conformidad a las normas que las regulan".

no solo a otorgar prestaciones de asistencia jurídica, sino que, además, puede participar mediante la articulación de redes de atención en conjunto a entidades especializadas, incluso de naturaleza privada como fundaciones, para que sean ellas las que presten los servicios gratuitamente a los necesitados. Así, a juicio de la requerida:

> "[...] las Corporaciones no tienen la obligación de patrocinar a todas las personas que lo requieran, pueden establecer parámetros de calificación social, criterios de viabilidad y parámetros de condiciones mínimas para asumir responsablemente la defensa judicial de un caso determinado"[88].

Durante la tramitación del presente recurso de protección e, incluso, antes de la presentación del informe por parte de la recurrida, la orden de expulsión fue ejecutada y le fue imperioso a la afectada interponer un recurso de amparo a su favor (que, finalmente, sería acogido por la Corte de Apelaciones, la que decretaría por sentencia judicial la existencia de una expulsión migratoria ilegal[89]) que, debido a la celeridad especial de dicho procedimiento, concluiría de manera favorable antes, incluso, de la sentencia de primera instancia del presente recurso de protección. Lo anterior es relevante puesto que la Corte de Apelaciones de Arica, al resolver el presente recurso de protección, optaría por negarlo, siendo una de las razones principales para ello el considerar el "principio de utilidad de la acción judicial", en el sentido de que:

> "La sentencia Rol N°159-2021 Amparo de esta Corte de Apelaciones, luego confirmada por la Excma. Corte Suprema, [serían] antecedentes de los que puede concluirse que la asesoría requerida por la recurrente, fue prestada por la institución a la cual se derivó su caso, obteniendo un pronunciamiento favorable (se dejó sin efecto el decreto de expulsión que pesaba en su contra), y que, contrariamente a la opinión de la recurrente, no quedó en el desamparo ni consta que la recurrida se haya negado a brindarle toda asistencia, por cuanto el hecho o acto que se estimaba como atentatorio a los derechos constitucionales de la accionante ha desaparecido, por lo que esta Corte no se encuentra actualmente en condiciones de adoptar las providencias que se han impetrado como necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado en los términos que se contemplan en el artículo 20 de la Constitución Política y, por consiguiente, al no concurrir en la especie uno de los presupuestos de procedencia de la acción de protec-

[88] Corte de Apelaciones de Arica (2021): Olmedo Bustos con Corporación de Asistencia Judicial de Tarapacá y Antofagasta (parte expositiva de la resolución, p. 5).

[89] Corte de Apelaciones de Arica (2021): Sandoval Regalado con Intendencia Regional de Arica y Parinacota, confirmada posteriormente por la Corte Suprema.

> ción, esto es, la posibilidad de adoptar medidas de protección o cautela adecuadas, para resguardar el legítimo ejercicio del derecho afectado, ella no podrá prosperar"[90].

Sin perjuicio de ser aquella la principal razón para la denegación del recurso, la Corte dedica un considerando a la forma en que el sistema –y, en especial, las Corporaciones de Asistencia Judicial– han de garantizar el derecho a la asistencia jurídica gratuita:

> "Que, finalmente, y solo a mayor abundamiento, la Excma. Corte Suprema ha sostenido, refiriéndose a una Corporación de Asistencia Judicial, lo siguiente: 'Que, de esta manera, en la consecución de tal objetivo resulta exigible, respecto del órgano recurrido, el cumplimiento del deber de coordinación contemplado en el artículo 37 bis de la Ley N°19.880, relacionado con el principio de eficacia dispuesto en los artículos 9 y 13 del mismo cuerpo normativo. Ello implica, en el caso concreto, que ante la imposibilidad de prestar asistencia letrada para la defensa del actor en juicio, la recurrida debió arbitrar los medios necesarios para proveer tal servicio, sea mediante la provisión de recursos humanos internos, o a través del señalamiento de otra u otras entidades que pudiesen brindar la prestación requerida por el peticionario' (sentencia Excma. Corte Suprema Rol N°19.253-2018 de 2 de enero de 2019); obligaciones que, en el caso sublite, se cumplieron y, aún más, condujeron a que la recurrente incoara una acción que a la postre resultó beneficiosa a sus intereses"[91].

Lo interesante de esta jurisprudencia es que aquella incorpora un principio que, según hemos revisado a lo largo de esta exposición, no sería parte del núcleo o contenido del derecho a la asistencia jurídica, pero que, en el caso concreto, permitió la derivación del servicio estatal a otras entidades de la sociedad civil. El principio de "articulación" o de "señalamiento" (coordinación) sirvió, a juicio de las Cortes, para considerar legítimo que la entidad estatal encargada de brindar la asesoría jurídica gratuita pudiera confiar dichos asuntos a terceros sin mayor vínculo con el Estado, delegando así la realización del servicio público.

De esta manera, y sin perjuicio de la discusión sobre la legitimidad de utilizar alianzas público-privada para la realización de determinados servicios y obras encargadas originalmente al Estado, en el caso de la asesoría jurídica existiría la posibilidad de que, aun cuando los usuarios y solicitantes sean per-

[90] Corte de Apelaciones de Arica (2021): Olmedo Bustos con Corporación de Asistencia Judicial de Tarapacá y Antofagasta, cc. 4°.

[91] Corte de Apelaciones de Arica (2021): Olmedo Bustos con Corporación de Asistencia Judicial de Tarapacá y Antofagasta, cc. 7°.

sonas envueltas en grandes niveles de vulnerabilidad, sus asuntos puedan ser derivados, retrasando de esta manera la atención que requieren, la que queda sujeta a la disponibilidad de atención que puedan ofrecer las instituciones privadas que integren la denominada "red de apoyo" (las que, por regla general, no poseen un financiamiento permanente de parte del Estado). Así, los presupuestos mínimos que rigen el funcionamiento de los servicios públicos –como el principio de continuidad del servicio[92]– pueden verse en entredicho por factores relacionados a la saturación de solicitudes, falta de especialidad, criterios subjetivos fijados por la Corporación de Asistencia Judicial, insuficiencia de personal o descoordinaciones en la derivación a entidades privadas.

Pero el caso en comento también da cuenta de una eventual desigualdad en la prestación del servicio de asistencia jurídica gratuita en sí mismo. Si bien observamos, una de las razones expuestas por la recurrida para derivar el servicio fue el fomentar el "servicio especializado" que, en el caso de la Región de Arica y Parinacota, no podría ser satisfecho por la Corporación estatal de manera directa, sino por una fundación privada. Esto puede implicar una afectación al principio de igualdad ahora desde la perspectiva del servicio público[93], puesto que, como es sabido, en la Región Metropolitana la Corporación de Asistencia Judicial cuenta con una oficina especializada para la atención de asuntos vinculados a migrantes. Tal como señala la recurrente:

> "[…] en otras regiones como la Metropolitana, la [Corporación de Asistencia Judicial] cuenta con canales especializados para atender este tipo de asuntos, servicio del que se encuentra privada la recurrente en razón de su domicilio […]"[94].

[92] El principio de continuidad establece la necesidad de que los servicios públicos funcionen de forma ininterrumpida en beneficio de la población, debiendo aquel ser entregado cada vez que es requerido. Zegarra (2005), p. 59 y ss. De esta forma, los servicios estatales, en especial aquellos vinculados a la satisfacción de derechos sociales, han de mantener un carácter permanente mientras exista la necesidad general que le sirve de fundamento. Bermúdez (2014), p. 306.

[93] A su vez, en materia de servicio público, el principio de igualdad o uniformidad del servicio implica que todas las personas-usuarios sean tratados de una misma manera por el prestador del servicio cuando se encuentren en una misma situación, impidiéndose, por ende, la creación de categorías de usuarios sin mayor justificación técnica o económica. En otras palabras: "Se trata de una igualdad de todos los ciudadanos beneficiarios, en el acceso a las prestaciones que comprende, sin que exista la posibilidad de poder negarse a alguien en la medida que las capacidades y posibilidades del servicio lo permitan. Ello genera como efecto, una prohibición de trato discriminatorio, tanto en el acceso al servicio como en las condiciones y modalidades de su prestación". González (2017), pp. 518-526.

[94] Corte de Apelaciones de Arica (2021): Olmedo Bustos con Corporación de Asistencia Judicial de Tarapacá y Antofagasta (parte expositiva de la resolución, p. 4).

Si el caso en análisis sirve como referencia de la realidad nacional, es posible advertir un sistema asistencial que puede ser objeto de bastantes cuestionamientos, vinculados a un grado de abandono por parte del Estado (¿entregará recursos a las entidades privadas en las cuales se apoya?, ¿tendrán reuniones de coordinación entre ellas?, ¿convenio de trabajo y de planificación?, ¿o solo es una derivación sin más?), que, incluso, puede traer aparejados problemas de responsabilidad (¿quién es responsable ante el usuario por la calidad del servicio?, ¿el Estado o el ente privado?, ¿quién responde por una asistencia jurídica deficiente o negligente?). Esto se ve agravado cuando consideramos, además, que los abogados que trabajan en una Corporación de Asistencia Judicial no desempeñan sus labores en exclusividad, distrayendo el poco tiempo que detentan para desplegar su función de asesoría jurídica gratuita tanto en labores de formación para los postulantes a su cargo como en su ejercicio profesional privado, puesto que ellos poseen un régimen estatutario que les permite desarrollar actividades de asesoría jurídica de forma independiente y paralela[95].

Lo revisado y lo mencionado da cuenta de una complejidad mayor, y que permite afirmar que habría un problema de diseño respecto del servicio público encargado de brindar la asesoría jurídica gratuita, que, como se ha señalado, no solo implica la defensa o representación judicial, sino que, también, tiene relación con la contención de personas en situaciones complejas, aproblemadas por sus circunstancias personales y sus situaciones contextuales, acompañándolas de forma integral y, en especial, orientándolas mediante una asesoría informativa, que les permita adoptar las decisiones adecuadas para la defensa de sus derechos e intereses, entendiendo las consecuencias jurídicas de las opciones que tiene a su disposición para hacer frente a sus complicaciones. En el caso concreto es esto lo que más se extraña, puesto que, ante la solicitud de ayuda por parte de una persona que ilegalmente está sujeta a una orden de expulsión –como comprobaría la Corte de Apelaciones de Arica y confirmaría la Corte Suprema–, solo recibiría como respuesta un correo informando una derivación, sin aportar información alguna sobre las acciones jurídicas a su disposición, la necesidad de actuar de forma urgente, o las implicancias legales de lo que está viviendo[96].

[95] Jenkins (2021), pp. 201-202.

[96] Según se puede apreciar del expediente judicial, el correo de respuesta remitido por la Corporación de Asistencia Judicial de Tarapacá y Antofagasta habría sido del siguiente tenor: "Estimada solicitante: Informamos que sus correos y antecedentes recibidos, fueron derivados la semana pasada a la Institución cuyos datos de contacto se informan a continuación: Servicio Jesuita a Migrantes […] Institución que acuso recibo, pero informó que por alta demanda existe demora en su atención. Asimismo, informó [sic] datos de contacto del Instituto Nacional

Esto último es en extremo grave, en especial, cuando consideramos que la usuaria en este caso es una ciudadana extranjera, sin mayor conocimiento sobre la normativa chilena aplicable, con limitado apoyo familiar, y con un grado razonable de desconocimiento sobre la localidad en la que se encuentra viviendo. Lo dicho representa un motivo de agobio que no se ve aplacado por una respuesta estatal cuando solo informa una derivación (respecto de la que se advierte que el servicio en cuestión "tiene demora en su atención") y entrega datos de contacto de otras instituciones, para que sea la usuaria la que vuelva a solicitar ayuda a otra entidad (en este caso, el Instituto Nacional de Derechos Humanos) y no la propia Corporación de Asistencia Judicial.

Por situaciones como la descrita, la Convención Constitucional chilena, a estas fechas, aprobó dos propuestas normativas que tratarían de evitar que casos como este pudiesen seguir ocurriendo. La primera de ellas apunta a la consagración del derecho a la asistencia jurídica gratuita, la que ha sido abordada en los siguientes términos:

> "Artículo [XX]. Derecho a la asesoría jurídica gratuita. Toda persona tiene derecho a la asesoría jurídica gratuita en los casos y en la forma que establezca la Constitución y la ley.
>
> El Estado asegura la asesoría jurídica gratuita e integra por parte de abogadas y abogados habilitados para el ejercicio de la profesión, a toda persona que no pueda obtenerla por sí misma"[97].

Como se puede desprender de su tenor literal, la normativa trae consigo la creación de un estándar de servicio que, en la actualidad, no contempla la Constitución Política vigente, vinculado a asegurar, por parte del Estado, una asesoría jurídica que no solo sea gratuita, sino, también, "íntegra", asumiendo de esta manera factores diversos a los meramente jurídicos para efectos de poder entregar un servicio completo y adecuado a los problemas de las personas que acuden ante la institucionalidad, no limitando el mismo a la representación judicial en procedimientos sustanciados ante tribunales de justicia[98].

---

de Derechos Humanos Región Arica y Parinacota para que le sea de utilidad [...]. Es cuanto puedo informar, sin otro particular, le salida atentamente [...]".

[97] Cabe señalar que la propuesta definitiva establece una norma del siguiente tenor en su artículo 108: "4. El Estado asegura el derecho a la asesoría jurídica gratuita e íntegra, por parte de abogadas y abogados habilitados para el ejercicio de la profesión, a toda persona que no pueda obtenerla por sí misma, en los casos y en la forma que establezcan la Constitución y la ley".

[98] Este estándar de calidad del servicio no es desconocido en el derecho comparado, siendo la Constitución brasileña el principal ejemplo de aquello, cuando consagra en su artículo 5° numeral LXXIV: "El Estado prestará asistencia jurídica íntegra y gratuita a cualquier persona que demuestre insuficiencia de recursos".

Esto va de la mano a la segunda propuesta normativa, que aborda la temática desde la perspectiva institucional, creando un nuevo servicio público, de rango constitucional, que sea capaz de ofrecer la satisfacción de dicho derecho, reemplazando con ello a las actuales Corporaciones de Asistencia Judicial. Esta propuesta normativa expresa, en su inciso primero:

> "Artículo [XX]: Servicio Integral de Acceso a la Justicia. Un organismo desconcentrado de carácter técnico, denominado Servicio Integral de Acceso a la Justicia, tendrá por función prestar asesoría, defensa y representación letrada de calidad a las personas, así como también brindar apoyo profesional de tipo psicológico y social en los casos que corresponda".

La asistencia jurídica gratuita, en los términos plasmados por ambas propuestas normativas se amplía, y deja de ser simplemente una garantía procesal para convertirse en la piedra angular que sustentará un nuevo sistema de atención a las personas sujetas a grados de vulnerabilidad –partiendo por los aspectos vinculados a la situación socioeconómica o a la migración–, que no solo ofrecerá un apoyo jurídico y una defensa de intereses tanto en la etapa *preprocesal* como *intraprocesal*[99], sino que se ampliará, para alcanzar servicios de carácter psicológico y sociales cuando la situación así lo requiera, demostrando una conciencia de que gran parte de los problemas que viven las personas en situación de vulnerabilidad son multifactoriales y más profundos que la manifestación de discrepancias con el ordenamiento jurídico, puesto que, como se comentó con anterioridad, gran parte de sus conflictos personales derivan de la imposibilidad de adoptar libremente decisiones personales o realizar actuaciones en defensa eficiente de sus derechos o intereses.

IV. Reflexiones finales a modo de conclusión

Los factores de vulnerabilidad que integran el contexto social de una persona no son más que grandes obstáculos capaces de reprimir el libre ejercicio de sus aptitudes personales y su desarrollo material y espiritual. El cúmulo de criterios –como la calidad migratoria, el sexo, la falta de preparación o estudios formales, la situación socioeconómica, y otros– provocan, sin lugar a dudas, una reducción cualitativa de los ámbitos de libertad sobre los que se construyen

[99] Cabe destacar que ambas propuestas normativas son contestes en restringir la posibilidad de que comparezcan en juicio egresados de derechos o "practicantes" en representación de los más desposeídos, afrontando, de esta forma, una de las principales críticas que se hace al sistema de asistencia jurídica gratuita en materia de igualdad procesal. Véase Contraloría General de la República (2016): Dictamen n.º 68894, de fecha 20 de septiembre de 2016.

los proyectos de vida, impidiendo a las personas adoptar decisiones, realizar acciones o, incluso, considerar alternativas que les sean provechosas solo por quedar ellas fuera del margen de sus posibilidades de acción.

En ese sentido, la asistencia jurídica adquiere una especial importancia como derecho fundamental garante de la paz social, tanto por la trascendencia que detenta implícitamente dentro de las actuaciones del proceso, pero, en particular, por los beneficios extra procesales que brinda a la sociedad, sirviendo de apoyo para que la ciudadanía que carece de una formación jurídica formal y sí así lo requiera, pueda acceder a un abogado que le ayude a comprender las implicancias de los mandatos normativos vigentes que les son aplicables, facilitando de esta manera el funcionamiento del sistema jurídico por parte de sus sujetos obligados y la adopción de sus decisiones de forma libre e informada.

De esta manera, la asistencia jurídica logra combatir, con mayor o menor grado de éxito, una de las causas de vulnerabilidad social relacionada con el manejo de la información relevante que se desconoce por falta de preparación formal, estudios, entendimiento o tiempo. Sin embargo, ella por sí sola no permite superar otro de los factores relevantes para la consolidación de este obstáculo: el costo implícito para acceder a la asesoría de un letrado. Por ello, los sistemas constitucionales como el chileno (tanto en la Constitución Política vigente como en el borrador de nueva Constitución que se encuentra elaborando la Convención Constitucional), optarían por complementar la garantía a la asistencia jurídica con un elemento social: la gratuidad en su acceso para aquellos que no puedan procurársela por sí mismos. De esta manera, la garantía busca enfrentar el factor patrimonial como causa de discriminaciones sociales con la capacidad de quebrar el principio de igualdad procesal, asegurando que ambos litigantes contarán con la asistencia de un letrado calificado, incluso de forma previa a la judicialización de sus asuntos.

Sin embargo, y a pesar de que los ordenamientos jurídicos modernos contemplarían reconocimientos positivos directos a la garantía de asesoría jurídica gratuita, incluso en el propio entramado constitucional, es posible comprender que el mero reconocimiento normativo no asegura la satisfacción de un derecho de corte social –y prestacional– como el observado. Si revisamos los elementos que integran el contenido del derecho, además del acceso gratuito, podemos encontrar la necesidad de que se concreten determinados servicios públicos por parte del Estado, como son la asesoría jurídica, la defensa y representación en juicios o la simple orientación para el ejercicio de los derechos. Todo ello requerirá, como es obvio, de un conjunto de profesionales y operadores jurídicos que deberán estar a disposición de la ciudadanía que los requiera, lo que conlleva una serie de costos que deben ser asumidos por la entidad estatal. Esto se acrecienta si, como lo plantea la propuesta de normativa cons-

titucional que se debate en la Convención Constitucional, dichos servicios se amplían a labores sociales o psicológicas, en miras de alcanzar una asistencia "integral".

Es aquel enfoque multidisciplinar el que se extraña en la forma en que la Corporación de Asistencia Judicial atiende el caso comentado, puesto que, debido a parámetros internos de la institución, se optó por la derivación del asunto –a través de medios remotos– a una entidad privada, ejerciendo solo un papel de intermediario y no de prestador directo de la asistencia requerida o fiscalizador de ella, delegando, de esta forma, la responsabilidad de buscar la satisfacción de un derecho fundamental, sino también las responsabilidades jurídicas derivadas por un eventual actuar negligente o perjudicial. De esta forma, y a pesar de que las alianzas público-privadas pueden ser una vía para lograr la satisfacción de derechos fundamentales, incluso de corte procesal (como ocurre con las defensorías penales licitadas, por ejemplo), debe siempre quedar claramente identificado que el principal garante del derecho ha de ser el Estado, el que, ya sea mediante la prestación directa del servicio o la supervigilancia de los servicios brindados por terceros, mantiene dentro de la órbita de su control los estándares de satisfacción y las responsabilidades derivadas por la insatisfacción de la calidad mínima que se debe alcanzar con este servicio a los más desposeídos.

De esta manera, la satisfacción del derecho a la asistencia jurídica gratuita no se debe solo por su carácter de derecho constitucional, sino, también, por las importantes implicancias que tiene como un elemento dirigido a superar –aunque sea en parte– algunos factores de desigualdades estructurales que impiden, en definitiva, el desarrollo de las diversas libertades fundamentales. En el caso concreto, la falta de información impedía a una ciudadana venezolana a defender sus intereses por desconocimiento de la acción de amparo, la que, una vez ejercida, fue útil para proteger sus intereses anulando una orden de expulsión ilegal, cosa que, a la larga, no fue más que un mecanismo de tutela de su libertad ambulatoria. De no haber sido atendido por la institución privada a la que fue derivada para el ejercicio de dicha acción constitucional, es muy probable que la orden de expulsión habría sido ejecutada sin mayor impugnación, afectando injustamente sus derechos fundamentales solo en razón de no contar con los medios adecuados –como conocimiento de las vías y acciones jurídicas a su disposición, o contar con el patrocinio de un abogado– para defenderse por sí misma.

La creación de una red asistencial integrada por entidades públicas y privadas, como vía idónea para satisfacer un servicio público como la asistencia jurídica gratuita, es una alternativa lícita dentro de los diseños orgánicos a los que puede echar mano el Estado cuando asume su papel de garante de derechos fundamentales, pero dicho diseño debe ser adecuado e íntegro, pues

no debe, en ningún caso, poner en riesgo la efectiva satisfacción del servicio, ya sea por desatender el seguimiento y la supervigilancia necesaria para averiguar cómo aquel es brindado por los particulares o porque no da pie a responsabilidades jurídicas y políticas en caso de negligencias graves. Entender lo contrario implicaría sumar este modelo sustentado en la idea de las "redes de atención" como un elemento defectuoso que se suma a las constantes críticas que son realizadas al sistema imperante de asistencia judicial[100], los cuales nos invitan a tener que repensar, con urgencia, un modelo adecuado a las exigencias de una sociedad moderna.

Bibliografía

Accatino Scagliotti, Daniela (1999): "La conocibilidad del derecho y la extinción de los abogados". *Revista de Derecho*, vol. x (Universidad Austral de Chile), pp. 7-18.

Aldunate Lizana, Eduardo (2008): *Derechos fundamentales* (Santiago, Thomson Reuters).

Alvarado Velloso, Adolfo (2012): *La garantía constitucional del proceso y el activismo judicial. ¿Qué es el garantismo procesal?* (Santiago, El Jurista).

Álvarez Jofré, Ana Sofía (2020): *La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su recepción en Chile en el caso de los migrantes indocumentados*. Tesis para la obtención del grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales (Santiago, Universidad de Chile).

Arango, Rodolfo (2005): *El concepto de derechos sociales fundamentales* (Bogotá, Legis Editores).

Balmaceda Jimeno, Nicolás (2000): "Corporaciones de Asistencia Judicial y abogados de turno: ¿incumplimiento de una garantía constitucional?". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27, n.º 4 (Pontificia Universidad Católica de Chile), pp. 721-733.

Berizonce, Roberto Omar (2009): *Tutelas procesales diferenciadas* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores).

Bermúdez Soto, Jorge (2014): *Derecho administrativo general* (Santiago, Thomson Reuters, 3ª edición actualizada).

[100] "Lo anterior, evidentemente, debe ser complementado con importantes reformas legales para dar vida a este 'estándar mínimo'. Entre estas propuestas puede destacar la necesidad de repensar y restructurar las Corporaciones de Asistencia Judicial, estableciendo abogados con dedicación exclusiva sujetos a responsabilidades personales derivadas de su práctica negligente, la dotación de mayores recursos presupuestarios, entre otras. Importante también será evitar que egresados de derecho –y no abogados titulados– sean los que brinden el servicio de asistencia jurídica, ya que, como se ha visto, ello solamente implica una afectación al principio de igualdad procesal entre las partes que interactúan en un mismo juicio". Jenkins (2021), pp. 205-206.

Bordalí Salamanca, Andrés (2013): "La igualdad de las partes en los procesos judiciales chilenos", en Fernando Muñoz León (ed.). *Igualdad, inclusión y derecho*. (Santiago, LOM Ediciones), pp. 217-239.

Bordalí Salamanca, Andrés (2020): *Derecho jurisdiccional* (Valencia, Tirant lo Blanch).

Calamandrei, Piero (1996): *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo Código*, Tomo ii (Buenos Aires, Librería El Foro).

Calvinho, Gustavo (2018): *El proceso con derechos humanos. Método de debate y límite al poder* (Santiago, Editorial El Jurista).

Cappelletti, Mauro (2010): *La jurisdicción constitucional de la libertad con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco* (Lima, Palestra).

Carbonell Sánchez, Miguel (2004): *Los derechos fundamentales en México* (Ciudad de México, Comisión Nacional de Derecho Humanos-Universidad Nacional Autónoma de México).

Contreras Rojas, Cristian y Claudia Tobar Cid (2019): "Pobreza y desigualdad como barreras de acceso a la justicia", en Gonzalo Aguilar Cavallo (coord.). *La evolución del derecho público en el siglo xxi. Libro homenaje al profesor Dr. Domingo Hernández Emparanza* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 563-587.

Cortez Matcovich, Gonzalo y Diego Palomo Vélez (2018): *Proceso civil. Normas comunes a todo procedimiento e incidentes* (Santiago, Thomson Reuters).

Cortina, Adela (2017): *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia* (Barcelona, Editorial Paidós).

De la Oliva Santos, Andrés, Ignacio Díez-Picazo Giménez y Jaime Vegas Torres (2019): *Curso de derecho procesal civil*. Parte general, Tomo i (Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 4ª edición).

Díaz de Valdés Juliá, José Manuel (2019): *Igualdad constitucional y no discriminación* (Valencia, Tirant lo Blanch).

Díez-Picazo Giménez, Luis María (2013): *Sistema de derechos fundamentales* (Navarra, Thomson Reuters, 4ª edición).

Esparza Leibar, Iñaki (1995): *El principio del proceso debido* (Barcelona, Bosch Editor).

Esparza Reyes, Estefanía (2017): *La igualdad como no subordinación* (Ciudad de México, Tirant lo Blanch).

Feito, Lydia (2007): "Vulnerabilidad". *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, vol. 30, n.° 3 (Gobierno de Navarra), pp. 7-22.

Fernández González, Miguel Ángel (2001): *Principio constitucional de igualdad ante la ley* (Santiago, Editorial Lexis Nexis).

Ferrajoli, Luigi (2016): *Derechos y garantías. La ley del más débil* (Madrid, Editorial Trotta, 8ª edición).

Figueroa García-Huidobro, Rodolfo (2000): "Igualdad y discriminación", en Felipe González y Felipe Viveros (eds.). *Igualdad, libertad de expresión e interés público* (Santiago, Universidad Diego Portales), pp. 9-64.

Figueroa García-Huidobro, Rodolfo (2016): "Acción afirmativa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". *Estudios Constitucionales*, vol. 43, n.º 2 (Universidad de Talca), pp. 401-433.

García Pino, Gonzalo y Pablo Contreras Vásquez (2013): "El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno". *Estudios Constitucionales*, vol. 11, n.º 2 (Universidad de Talca), pp. 229-282.

Gargarella, Roberto (2010): "La coerción penal en contextos de injusta desigualdad". Disponible en https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/17583 [fecha de consulta: 17 de febrero de 2022].

González Moras, Juan Martín (2017): *El servicio público como derecho social* (Buenos Aires, Editorial Universidad de la Universidad de La Plata).

Gozaíni, Osvaldo Alfredo (2011): *Tratado de derecho procesal constitucional*, Tomo i (Ciudad de México, Editorial Porrúa).

Gutiérrez Salas, Florencio (1945): "Asistencia judicial de los pobres". *Revista de Derecho*, vol. xiii, n.º 54 (Universidad de Concepción), pp. 329-357.

Hesse, Konrad (2001): "Significado de los derechos fundamentales", en Antonio López Piña (ed.). *Manual de derecho constitucional* (Madrid, Marcial Pons), pp. 83-115.

Hunter Ampuero, Iván (2011): "La iniciativa probatoria del juez y la igualdad de armas en el proyecto de Código Procesal Civil". *Ius et Praxis*, vol. 17, n.º 2 (Universidad de Talca), pp. 53-76.

Ibáñez Rivas, Juana María (2020): "Artículo 8. Garantías judiciales", en Christian Steiner y Marie-Christine Fuchs (eds.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario* (Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2ª edición), pp. 256-322.

Jenkins Peña y Lillo, Gaspar (2021): "El derecho fundamental a la asistencia jurídica gratuita: reflexiones en miras al cambio constitucional", en Asociación Chilena de Derecho Constitucional (coord.), *Tránsito constitucional. Camino hacia una nueva Constitución* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 185-210.

Kottow, Miguel (2012): "Vulnerabilidad entre derechos humanos y bioética. Relaciones tormentosas, conflictos insolutos". *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 69 (Pontificia Universidad Católica del Perú), pp. 25-44.

Landa, César (2006): *Estudios sobre derecho procesal constitucional* (Ciudad de México, Editorial Porrúa).

Larroucau Torres, Jorge (2020): *Judicatura* (Santiago, DER Ediciones).

Malem Seña, Jorge (2017): *Pobreza, corrupción, (in)seguridad jurídica* (Madrid, Marcial Pons).

Marinoni, Luiz Guilherme (2006): *Teoria geral do processo* (São Paulo, Thomson Reuters-Revista dos Tribunais, 3ª edición).

Montero Aroca, Juan, Juan Luis Gómez Colomer y Silvia Barona Vilar (2018): *Derecho jurisdiccional*. Parte general, Tomo i (Valencia, Tirant lo Blanch, 26ª edición).

Nieva Fenoll, Jordi (2019): *Derecho procesal*. Introducción, Tomo i (Valencia, Tirant lo Blanch).

Picó i Junoy, Joan (2012): *Las garantías constitucionales del proceso* (Barcelona, Bosch Editor).

Ribotta, Silvina (2010): *Las desigualdades económicas en las teorías de la justicia. Pobreza, redistribución e injusticia social* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).

Romero Seguel, Alejandro (2015): *Curso de derecho procesal civil. Los presupuestos procesales relativos al procedimiento*, Tomo iii (Santiago, Thomson Reuters).

Silva Bascuñán, Alejandro (2006): *Tratado de derecho constitucional*, Tomo xi (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Vargas Pavez, Macarena y Claudio Fuentes Maureira (2019): *Introducción al derecho procesal. Nuevas aproximaciones* (Santiago, DER Ediciones).

Zapata Larraín, Patricio (1990): "La interpretación constitucional". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 17, n.° 1 (Pontificia Universidad Católica de Chile), pp. 161-177.

Zegarra Valdivia, Diego (2005): *El servicio público. Fundamentos* (Lima, Palestra Editores).

Jurisprudencia citada

Tribunal Constitucional (2008): Rol n.° 792-07, 3 de enero de 2008.

Tribunal Constitucional (2008): Rol n.° 977-07, 8 de enero de 2008.

Corte Suprema (2021): Rol N°45010-2021, Olmedo Bustos con Corporación de Asistencia Judicial de Tarapacá y Antofagasta, 22 de julio de 2021.

Corte de Apelaciones de Arica (2021): Rol n.° 458-2021, Olmedo Bustos con Corporación de Asistencia Judicial de Tarapacá y Antofagasta, 29 de junio de 2021.

Corte de Apelaciones de Arica (2021): Rol n.° 159-2021, Sandoval Regalado con Intendencia Regional de Arica y Parinacota, 11 de mayo de 2021.

Contraloría General de la República (2016): Dictamen n.° 68894, de fecha 20 de septiembre de 2016.

NISI SI QUID VI AUT IURE PROHIBETUR

Benjamín Musso Arratia[*]

Resumen: En este artículo analizaremos el concepto de libertad dado por el jurista Florentino, deteniéndonos en cada uno de sus componentes, con especial atención a sus límites.

Palabras claves: *Libertas*, estoicismo, Florentino.

Abstract: In this article we will analyze the concept of freedom given by the Florentine jurist, focusing on each of its components, with special attention to its limits.

Keywords: *Libertas*, stoicism, Florentinus.

Casi en forma connatural, y sin necesidad de declaraciones universales, las personas sabemos que tenemos derecho a ser libres en todos los campos del desenvolvimiento humano en que dicha condición pueda expresarse. Ello es así, al punto que se ha convertido en un verdadero lugar común –cuando no un cliché– decir que la libertad individual tiene su límite en la afectación de la libertad ajena. Tal frase, que nos parece ya vaciada de contenido, tiene raíces profundas en la historia del derecho y, por cierto, un reflejo patente en el derecho romano.

Así, y fuera del uso común del término, '*libertas*' es un concepto intrínseco al vocabulario jurídico al punto que, tanto para el derecho público como para el derecho privado, resulta ser un concepto central de toda su teoría jurídica. Prescindiendo del primero –por ser ajeno a nuestro campo de especialidad digamos que para el derecho civil se presenta como un pilar o principio sobre el que se estructura este[1].

[*] Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad del Desarrollo, Magister en Ciencia Jurídica y candidato a Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Becario ANID PFCHA/Doctorado Nacional 2018-21181349. Profesor de Derecho Romano UDD y UC. Correo electrónico: bmusso@uc.cl. Agradezco los comentarios y revisión de mis ayudantes Sofía Tello, Cristóbal Labra y Lukas Córdova.

[1] Corral (2018), pp. 12-13.

En este trabajo analizaremos tal pretensión humana desde el prisma de los antiguos romanos, tomando como base la célebre definición del jurista clásico o tardo clásico, Florentino, deteniéndonos en cada uno de sus componentes, con especial hincapié en sus límites, y escudriñando las ideas filosóficas subyacentes al concepto, partiendo por describir al jurista que acuñó en piedra su definición inmortal: la libertad es la facultad natural de hacer lo que se desee, a menos que la violencia o el derecho lo prohíba[2].

1. El jurista

Ciertamente, Florentino no es uno de los juristas romanos más famosos ni que haya tenido mayores aportes a la dogmática jurídica, sino que aparece como un jurista enigmático, del que realmente poco sabemos.

Aparentemente vivió en tiempos de Marco Aurelio o durante la dinastía de los Severos y escribió el *Libri XII Institutorum*, manual institucional para el estudio del derecho, a la usanza de otros escritos escolásticos, del que se conservan solo sesenta y dos fragmentos en el *Digesto*, poco más de una cuarta parte de los fragmentos de Marcelo y una ínfima parte de los pasajes de Gayo, ello sin pensar en juristas de la corte de los Severos, como Paulo y Ulpiano, cuyos trabajos son las principales masas de la *Pandecta*. Debido a lo anterior, es del todo probable que no gozara del *ius respondendi*, y que no integrase el elenco de jurisconsultos metropolitanos de su época, ya que, al igual que pasa con Gayo, sus posibles contemporáneos no se refieren a él ni lo citan, y del mismo modo que este, pareciera ser simplemente un jurista académico. Mas no sabemos ni podemos sospechar.

Como vemos, la verdad es que no tenemos muchas noticias de este jurista, lo que, *prima fascie*, nos impediría hacernos un juicio en torno a su modo de pensar. Sin embargo, sus corrientes filosóficas pueden extraerse de los fragmentos que tenemos de su obra y de los poquísimos datos históricos del personaje, ya mencionados, lo que nos lleva a sostener que adscribe al pensamiento estoico.

En cuanto a su obra, alude al derecho natural en cuatro ocasiones: al establecer un natural parentesco entre los seres humanos que justifica la ilicitud de atentar contra otro[3]; se refiere a la esclavitud como una institución con-

[2] D. 1, 5, 4, pr., Flor. 9 inst.- Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur. Luego, IJ. 1, 3, 1, toma la misma definición.

[3] D. 1, 1, 3. Flor 1 inst.- ut vim atque iniuriam propulsemus: nam iure hoc evenit, ut quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, iure fecisse existimetur, et cum inter nos cognationem quandam natura constituit, consequens est hominem homini insidiari nefas esse. - Rechacemos la violencia y la injusticia, pues sucede que, en virtud de este derecho, lo que cualquiera

traria a la naturaleza[4]; habla de la ocupación de las *res in mare literis inventae* como un dominio que se adquiere por derecho natural[5] y, por supuesto, al definir la libertad como una facultad natural. Dejando de lado la situación de la ocupación, todas las otras referencias explícitas al derecho natural las hace en relación con la persona, y dos de las tres, con ocasión de la libertad. Más adelante veremos que las ideas de un parentesco entre todos los seres humanos sin distinción –especialmente, respecto a los esclavos– y como corolario, la crítica a la esclavitud, son ideas claramente estoicas[6].

Luego, decíamos, pareciera ser de tiempos de Marco Aurelio[7] o de los Severos[8], pero en todo caso, posterior a Antonino Pío, habida consideración de un pasaje del *Digesto*, donde se refiere a este con el título de '*divus*'[9], lo que sería indicativo de su muerte y apoteosis[10]. Otra pista que permite una datación más exacta y que también se recoge en el *Digesto*, según Tony Honoré y Carlos Amunátegui[11], es una cita que el propio Florentino hace del jurista Paulo[12], del que sabemos que en su edad adulta integró el *consilium principis*, siendo desterrado por el emperador Heliogábalo y reintegrado a la corte imperial por Alejandro Severo, permitiéndonos pensar en que fue contemporáneo de Paulo, y, por consiguiente, de Papiniano, Ulpiano[13], Marciano y Modestino.

Ahora bien, su incardinación histórica –que podría no ser más que una cuestión anecdótica– es, de hecho, una prueba importante de su mentalidad,

hubiere hecho en salvaguardia de su cuerpo se estime que lo hizo con derecho, y como la naturaleza estableció entre nosotros un cierto parentesco, se sigue que es ilícito atentar un hombre contra otro.

[4] D. 1, 5, 4, 1 Flor. 9 inst.- Servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur. - La esclavitud es una institución del derecho de gentes, por la cual uno está sometido, contra la naturaleza, al dominio ajeno.

[5] D. 1, 8, 3 Flor. inst 6.- item lapilli, gemmae ceteraque, quae in litore invenimus, iure naturali nostra statim fiunt. – A su vez las piedras preciosas, las perlas y las demás cosas que encontramos en las costas se hacen nuestras sin más por derecho natural.

[6] Honoré (2002), p. 88.

[7] Guzmán (1991), p. 20; Domingo (2002), p. 366.

[8] Honoré (2010), p. 202, n. 28.

[9] D. 41, 1, 16, 0 Flor. 6 inst.- In agris limitatis ius alluvionis locum non habere constat: idque et divus Pius constituit... - Consta que el derecho de aluvión no tiene lugar en los terrenos deslindados, y así lo estableció también el divino Pío.

[10] La muerte y apoteosis de Antonino Pío se fecha en el año 161 d. C. Sin perjuicio de lo cual, la referencia a ella, a nuestro gusto, solo es indicativa de que Florentino no vivió en un tiempo anterior a dicho emperador, pero no una pista segura de que su época haya sido inmediatamente posterior a él.

[11] Honoré (2002), p. 88; Amunátegui (2020), p. 100.

[12] Amunátegui (2020), p. 100; El fragmento es D. 38, 2, 28, 0 Flor. 10 inst. que habría sido recogido por Florentino de Paulo de D. 48, 20, 7, pr, Paul. l. s. de port., q.lib. damn. conceduntur.

[13] Gran exponente de la influencia del estoicismo en el derecho. Cfr. Honoré (2010), p. 199 ss.

la que mirada en conjunto a sus propios pasajes hacen presumir la filosofía impresa en su pensamiento. De este modo, Marco Aurelio fue un emperador famoso por ser uno de los máximos exponentes del estoicismo romano[14], heredero de una tradición más antigua, que lo vincula con Séneca, Epicteto y con el propio Cicerón. Respecto a este último, además, veremos que el concepto florentino se corresponde con el dado por el Arpinate. Luego, Marco Aurelio es próximo o coetáneo a juristas tales como Venuleyo Saturnino, Salvio Juliano[15] y su discípulo Sexto Cecilio Africano o Quinto Cervidio Escévola[16], aparentemente todos estoicos; y lo propio ocurre con Paulo, quien, junto a los otros juristas de su tiempo –mencionados precedentemente–, adscribirían a esta corriente filosófica. Así las cosas, y pese a carecer de noticias exactas, pensar en Florentino como estoico es del todo posible según lo que venimos señalando, y si ello fuera poco, prueba suficiente debería ser su propia idea de libertad, que ahora comentaremos.

2. El concepto florentino de la libertad

Florentino, en el libro noveno de sus *instituciones* (D. 1, 5, 4) define la libertad como una: "Naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur"[17]

Concepto que no ha sido superado en la historia occidental. Así, la libertad es:

1. Una facultad (no un derecho) connatural al ser humano;
2. Permite hacer lo que se desee;
3. Coartada *de facto* por la violencia y limitada *de iure* por el derecho.

Analicemos sus componentes.

a. Libertas est naturalis facultas...

Dadas las corrientes estoicas que permearon en los juristas del principado, el pensamiento jurídico romano clásico o clásico tardío se decanta por establecer que la libertad emana del derecho natural, lo que en el concepto de Florentino

[14] Fraschetti (2014), p. 184.

[15] Liebs (2004), p. 104.

[16] Esto, considerando que Emilio Pomponio, uno de sus probables discípulos, tenía formación estoica. Fernández de Buján (2004), p. 121.

[17] D. 1, 5, 4, Flor. 9 inst. La libertad es la facultad natural de hacer lo que se desee, a menos que la violencia o el derecho lo prohíba.

que estamos analizando viene claramente mencionado[18]. Por el *Digesto* conservamos algunos pasajes de estos juristas que prueban la vinculación entre la libertad y el derecho natural, siendo mérito de Alejandro Guzmán Brito su análisis en torno a la *libertas*[19].

Así, Venuleyo Saturnino, razonando sobre la posibilidad de perseguir a un esclavo en un juicio público a través de la *lex Pompeia parricidii* se decanta por la afirmativa[20], argumentando que estos tienen una naturaleza común a las personas libres[21]. Luego, el propio Florentino define a la libertad como una *naturalis facultas*. Seguido, Claudio Trifonino establece la máxima de que "la libertad está contenida en el derecho natural, y la esclavitud ha sido introducida por el derecho de gentes"[22], cuestión que luego será repetida

[18] Amunátegui (2020) p. 98. Alejandro Guzmán Brito, con la acuciosidad, agudeza y rigor que siempre lo caracterizó, precisó a este respecto: "si bien Florentino no emplea la expresión *ius naturale*, ni para referirse a que la libertad sea según tal derecho, ni para aludir a que sea en contra de él que por derecho de gentes fue establecida la esclavitud, puesto que en el primer caso habla de *facultas naturalis* y en el segundo dice *contra naturam*, sin embargo podemos entender que bajo ambas maneras de hablar el jurista entendía envolver precisamente al derecho natural". Véase Guzmán (1991), p. 20.

[19] Guzmán (1991), pp. 19-24.

[20] Ahora bien, ello no es una simple afirmativa. El jurista reconoce que en estricto rigor no pueden ser perseguidos por esta ley, ya que el *parricidium* –según dispone la propia ley– requiere de parentesco civil, cosa que los esclavos no tienen; o haber matado a un patrono, cosa imposible para un esclavo, pues el patronato supone la calidad de *liberto*. Así, en principio, no podrían ser legitimados pasivos de procedimientos sustanciados en razón de esta ley. Sin embargo, Venuleyo acepta la aplicación de la ley por similitud, por cuanto la naturaleza entre esclavos y libres es común, de suerte tal que, de haber sido libre, tendría dicho parentesco o estaría bajo patronato.

[21] D. 48, 2, 12, 4 Ven. 2 de iudic. publ.- Omnibus autem legibus servi rei fiunt excepta lege Iulia de vi privata, quia ea lege damnati partis tertiae bonorum publicatione puniuntur, quae poena in servum non cadit. idemque dicendum est in ceteris legibus, quibus pecuniaria poena irrogatur vel etiam capitis, quae servorum poenis non convenit, sicuti relegatio. item nec lex Pompeia parricidii, quoniam caput primum eos adpraehendit, qui parentes cognatosve aut patronos occiderint: quae in servos, quantum ad verba pertinet, non cadunt: sed cum natura communis est, similiter et in eos animadvertetur... - Los esclavos pueden ser acusados por cualquier ley, con excepción de la ley Julia de la violencia privada, pues los condenados por esta ley son castigados con la pérdida de la tercera parte de sus bienes, pena ésta que resulta imposible en el caso de un esclavo; lo mismo hay que decir de las otras leyes que irrogan una pena pecuniaria o una capital que no es aplicable a los esclavos, como la de relegación. Tampoco la ley Pompeya del parricidio, cuyo primer capítulo se refiere a los que mataran a sus ascendientes, cognados o patronos, lo que no cabe, entendido estrictamente, en el caso de esclavos; pero como la naturaleza es algo común a todos los hombres, se les aplica esta ley por analogía...

[22] D. 12, 6, 64, pr., Tryph. 7 disp.- ... ut enim libertas naturali iure continetur et dominatio ex gentium iure introducta est, ita debiti vel non debiti ratio in condictione naturaliter

por Ulpiano con ocasión de la *manumissio*[23]. A su turno, Elio Marciano, con ocasión de la concesión por gracia de la calidad de ingenuo –esto es, la propia de aquel que nace libre– al esclavo manumitido, sostuvo que se les "restituye al nacimiento que en un principio estaban todos los hombres" queriendo significar con ello que antes de la introducción de la esclavitud, las personas, cualesquiera que sean, nacían libres[24]. Finalmente, otro pasaje de Ulpiano arguye que para el derecho civil los esclavos no son nadie, lo que no alcanza al derecho natural, según el cual todos los hombres son iguales[25].

Como es posible apreciar de todas estas ideas, los juristas se refieren a la libertad, invariablemente, en oposición a la esclavitud. Y lo mismo ocurre con nuestro concepto, toda vez que el fragmento de Florentino no debe leerse en forma aislada, como si en sí mismo fuera un todo, toda vez que, junto con otros, integran sus *Institutiones*.

De esta forma, tomando como base la reconstrucción de Otto Lenel, en el *Liber* IX, *De status hominum*, a renglón seguido se leería:

> "servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur. Servi ex eo appellati sunt, quod imperatores captivos vendere ac per hoc servare nec occidere solent: mancipia vero dicta, quod ab hostibus manu capiantur"[26].

intellegenda est. - ... como la libertad es de derecho natural y la esclavitud ha sido introducida por el derecho de gentes, en la condicción la razón de lo debido o indebido debe entenderse por naturaleza.

[23] D. 1, 1, 4, pr., Ulp. 1 inst.- ... quae res a iure gentium originem sumpsit, utpote cum iure naturali omnes liberi nascerentur nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita: sed posteaquam iure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionis. et cum uno naturali nomine homines appellaremur, iure gentium tria genera esse coeperunt: liberi et his contrarium servi et tertium genus liberti, id est hi qui desierant esse servi. - ... Lo cual procede del derecho de gentes, siendo así que por derecho natural todos nacían libres y era desconocida la manumisión, al no conocerse la esclavitud. Pero una vez que apareció la esclavitud por el derecho de gentes, siguió el beneficio de la manumisión. Y aunque nos llamábamos "hombres" por único nombre natural, comenzaron, por derecho de gentes, a existir tres géneros: los libres y, opuestos a éstos, los esclavos, y, un tercer género, los libertos, es decir los que habían dejado de ser esclavos.

[24] D. 40, 11, 2, pr., Marcian. 1 inst.- ... in quibus initio omnes homines fuerunt, non in quibus ipse nascitur, cum servus natus esset. ... - ... Y se les restituye en el nacimiento en el que en un principio estaban todos los hombres y no en el suyo propio, pues nació esclavo.

[25] D. 50, 17, 32, pr., Ulp. 43 ad Sab.- Quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur: non tamen et iure naturali, quia, quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt. - Por derecho civil, los esclavos no son personas, pero no por derecho natural, pues, por lo que respecta al derecho natural, todos los hombres son iguales.

[26] Lenel (1889), i, col. 175 = D. 1, 5, 4, 1-3, Flor. 9 inst.

De ahí que lleve razón Carlos Amunátegui al decir que la libertad romana no se analiza en forma positiva, sino negativa, siendo libre quien no está sujeto a servidumbre, es decir, quien no es esclavo[27]. Desde este punto de vista, la libertad en tanto *status* implica la no esclavitud, *stricto sensu*, de momento que personas libres[28] de todas formas pueden encontrarse *in potestate aliena*[29], como los hijos de familia, las personas *in mancipium* y las mujeres *in manu*, que empero no ser esclavos, tampoco pueden, en todo ámbito, hacer lo que les plazca dada su dependencia del *pater*[30]. Reservaremos los comentarios a este respecto para el siguiente apartado.

Según explica Carlos Amunátegui, entender la libertad en oposición a la esclavitud no solo responde a una cuestión estrictamente de *status*, sino, también, política, ya que, tras la hegemonía mediterránea alcanzada por Roma con posterioridad a las guerras púnicas, esta consideración diferenciará a aquellos habitantes de Roma que gozan en plenitud de la ciudadanía y de las prerrogativas propias de esta, de aquellos humanos permanentemente privados de todo derecho civil y político: los esclavos. Así, libres son los conquistadores, y esclavos los adquiridos por la conquista[31].

Y la misma referencia constante a la esclavitud con ocasión de la libertad sirve como indicativo de su vinculación con el estoicismo, por cuanto los estoicos fueron férreos críticos de esta institución[32]. De hecho, la mayoría de los juristas antes citados lo son, como ya comentamos. Luego, y a mayor abundamiento, la propia definición florentina presenta en su fisionomía rasgos que la vinculan a esta línea de pensamiento al ser prácticamente idéntica a la definición dada tiempo antes por Cicerón en su *Paradoja de los estoicos*: "Quid est libertas? Potestas vivendi, ut velis"[33]. El argumento del Arpinate se encuentra en la quinta paradoja, según la cual únicamente los sabios son libres, mientras que los necios son siervos, siendo sabios aquellos capaces de

[27] Así, Guzmán (1991), p. 20; Amunátegui (2020), pp. 98-99.

[28] Así, los *liberi* son aquellos que crecen en esa condición. Según explica Carlos Amunátegui, *libertas* tiene un significado primario ligado al crecimiento, lo que se puede observar en la pareja divina de Liber y Libera y cuya festividad es la *Liberalia*. Amunátegui (2019), p. 42.

[29] Amunátegui (2019), p. 43.

[30] De este modo, la *summa divisio* en cuanto a este *status* es entre libres y esclavos, como dice Gayo (Gai. 1, 9 = D. 1, 5, 3) y Justiniano (IJ. 1, 3, pr). Este último (IJ. 3, 5), al igual que Marciano (D. 1, 5, 5, Marcian. 1 inst.) y Ulpiano (D. 1, 1, 4, Ulp. 1 Inst.) nos recuerdan que la condición del esclavo es solo una mientras que la de los libres pueden ser varias, como los ingenuos y los libertos, cuestión que abarca la condición de la mujer o la de los dependientes del *pater*.

[31] Amunátegui (2020), p. 99 y ss.

[32] Betti (1947), p. 41; Amunátegui (2020), p. 100.

[33] Cic. Parad. 34.- Porque, ¿qué es la libertad? Es una facultad de poder vivir el hombre como quiera.

reprimir y no ceder a los injustificados designios de otros, ni a las propias pasiones.

Para los estoicos, el derecho natural implica la existencia de una ley natural que rige al universo en su conjunto y todos los seres vivientes de suerte tal que puede ser observada entre todos estos, no siendo privativo del género humano[34], dándose como ejemplo de ello la convivencia, que nosotros llamamos matrimonio[35], pero a diferencia de los animales irracionales que se guían por el instinto, los humanos, como seres racionales, nos guiamos por ella, que Séneca describe como "un impulso controlado y equilibrado"[36]. Así, los animales, cuando actúan contra sus instintos, lo hacen en contra de su naturaleza y, por consiguiente, para nosotros lo que es contrario a la razón será contrario a la ella. Al estar todos dotados de la razón dada por Dios, formamos una comunidad y podemos entonces reconocer un cierto parentesco entre todos los seres humanos[37].

Así, en *De Legibus,* Cicerón plantea que los seres humanos, iguales entre sí, son superiores a cualquier otro ser viviente por estar dotados de razón, la cual es una cualidad divina, de momento que Dios se las habría dado a los hombres al tiempo de crearlos, siendo, en consecuencia, la razón un elemento común entre Dios y los humanos. A partir de esta y otras ideas[38], Alejandro Guzmán Brito explica las ideas de Cicerón bajo el siguiente silogismo:

> "Los participantes en una razón común lo son también en la recta razón; es así que la ley constituye una recta razón; en consecuencia, los hombres y Dios son como socios en cuanto a la ley; de modo que todos los miembros de tal asociación deben tenerse como pertenecientes a una misma ciudad, que es común por ser humana y divina a la vez: tal ciudad común viene a ser el universo mismo"[39].

---

[34] D. 1, 1, 1, 3 Ulp. 1 inst. - Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est ... – Es derecho natural aquel que la naturaleza enseñó a todos los animales, pues este derecho no es propio del género humano, sino común a todos los animales de la tierra y del mar, también es común a las aves ...

[35] Así, Cicerón, Diógenes Laercio y Ulpiano establecen que entre los distintos animales y los seres humanos se observa la unión entre macho y hembra, la procreación y educación de los hijos. Véase. Cic. *Fin*. 3, 62-63; Diog. Laert. 7, 85-86; D. 1, 1, 1, 3 Ulp. 1 inst.

[36] Sen. *Epist*. 89, 14.

[37] Cic. *Leg.* 1, 10, 29; Sen. *Epist*. 95.- Natura nos cognatos ededit, quum ex iisdem et in eademgigneret. Haec nobis amorem indidit mutuum et sociabiles fiunt – la naturaleza nos engendró parientes, creándonos a partir de lo mismo y para lo mismo; ella nos infundió un amor mutuo y nos hizo sociables.

[38] En especial, Cic. *Off.* 1, 4, 3, 153.

[39] Guzmán (1991), p. 28.

Ello explica la máxima ciceroniana que reza "nos ad iustitia esse natos, neque opinione sed natura constitutum esse ius"[40], sosteniendo con ello que el derecho nace de la naturaleza.

Con todo, Florentino dice que la libertad corresponde a una facultad, no a un derecho, lo que merece un comentario adicional, por cuanto los derechos en el sistema típico romano son los únicos que gozan de acciones para darles una adecuada protección. Así, que la libertad no sea un derecho la tornaría en una cuestión bastante frágil de momento que no solo puede ser restringida por el derecho, sino, también, por los hechos, como la violencia, los cuales jamás pueden afectar situaciones jurídicas[41]. De este modo y aun cuando esta facultad sea connatural al ser humano, ello no implica que lo sea en forma perpetua e inmutable, por cuanto puede verse restringida, limitada o, incluso, llegar a perderse.

b. ...eius quod cuique facere libet...

Entendiendo que la *libertas* es una *naturalis facultas* del ser humano en cuanto tal, ella tiene un claro objetivo: que la persona libre haga cuanto le plazca, es decir, que su deseo salga del plano ideal, materializándose ora en hechos, ora en derechos. Así, hacer lo que se desee –fuera de la infinidad de casos que pueden quedar comprendidos en ello– en el campo del derecho se puede traducir en la celebración de negocios jurídicos de diversas clases, la ejecución de un hecho cualquiera, el aprovechamiento económico de las cosas, la conducción de las relaciones jurídicas entre particulares y entre estos y el Estado, etcétera.

Ahora bien, ese querer hacer del sujeto no debe entenderse como algo puramente voluntarista, ya que en la filosofía estoica implica su coincidencia con la ley natural y con los principios morales universales, que guían ese actuar libre[42]. De hecho, la verdadera libertad para lo estoicos está en no ceder a las pasiones y poder gobernar los deseos, siendo la libertad del espíritu la verdadera libertad. Así, Séneca plantea que un esclavo, aun cuando su cuerpo pueda ser comprado y puesto bajo el poder del amo, su alma, aún presa del cuerpo, jamás puede ser apropiada por este[43]. De ahí que, en estricto rigor, ninguna persona puede ser esclava, por solo esclavizar su cuerpo, ya que el

[40] Cic. *Leg.* 1, 10, 28.- Nosotros hemos nacido para la justicia, y que el derecho no fue constituido por la opinión sino por la naturaleza.

[41] D. 41, 2, 1, 4 Paul. 54 ad ed.- ... res facti infirmari iure civili non potest... - una situación de hecho no puede afectar al derecho civil.

[42] Mitsis (1999), p. 165.

[43] Sen. *Off.* 3, 20.

alma mantiene su libertad. Luego, si un *liber* es preso de sus vicios y, por ende, su alma es esclava de ellos y, realmente, aun siendo libre llamado libre, es esclavo.

Mirando el asunto desde el punto de vista de los *status* se puede notar una cuestión interesante, en el sentido de que el esclavo por su propia condición no puede, en ninguna circunstancia, ser considerado *liber*, aun cuando se le pueda reconocer cierta capacidad de obrar, implicando con ello la producción de consecuencias jurídicas[44]; aun así, esa capacidad de *agere* no implica un actual libre, ya que el actor no lo sería. Por otro lado, las personas *in causa mancipi*, es decir, los hijos de familia vendidos o dados en noxa por el *pater*[45] y los *addictus*, esto es, aquellos deudores insolventes asignados judicialmente a sus acreedores[46], no son esclavos, pese a ceder su *caput liberis*[47], siendo, en consecuencia, libres; y lo son pese a que no puedan hacer cuanto quieran dada su subordinación al acreedor, lo que, empero no implica una modificación en su *status*. Y aun cuando pueda parecer contradictorio, no lo es, ya que el ciudadano romano, en cuanto persona libre, solo pierde su libertad merced de una *capitis deminutio* máxima[48], cuestión que implica la pérdida de su ciudadanía y de su libertad –y, por consiguiente, de su familia– al mismo tiempo. Así, nunca un ciudadano podría tener como esclavo a otro ciudadano, puesto que ello sería indigno para la propia ciudadanía romana[49]. De este modo, los ciudadanos romanos, aun *in mancipium* son libres, es decir, pese a que no puedan hacer todo cuanto les plazca, no por ello pierden su *status*, cuestión que a nuestro juicio puede verse de modo ejemplificador en la *manus iniectio*, ya en su forma más primitiva, y, por cierto, morigerada en su rigor tras la *lex Poetelia Papiria*. A este respecto, Livio[50] nos recuerda la historia de Lucio Papirio y Cayo Publilio, donde el primero tenía *in mancipium* al segundo. En ese contexto Lucio trató de abusar sexualmente de

[44] D. 50, 17, 3 Ulp. 6 ad Sab.- Velle non creditur, qui obsequitur imperio patris vel domini. – No se cree que quiere el que obedece al imperio de su padre o de su señor.

[45] Marrone (2004), pp. 136-136.

[46] Peppe (1981), p. 4.

[47] Kohler (1883), p. 10.

[48] Gai. 1, 159-160.- Est autem capitis deminutio prioris status permutatio. eaque tribus modis accidit: nam aut maxima est capitis deminutio, aut minor, quam quidam mediam vocant, aut minima. (160) Maxima est capitis deminutio, cum aliquis simul et civitatem et libertatem amittit ... - La capitidisminución es un cambio del estado que se tenía. Acaece de tres maneras, pues puede ser máxima, menor, que algunos llaman media, o mínima. (160) La perdida de estado es máxima cuando se pierde a la vez la ciudadanía y la libertad ...

[49] Para las relaciones entre ciudadanía y libertad, véase Levy (1961), pp. 142-147. Del mismo modo, Amunátegui (2019), p. 37 y ss.

[50] Liv. 8, 28.

Cayo, recordándole su condición, sin embargo, este no cedió a los intentos de su acreedor, teniendo muy presente su condición de hombre libre, por lo que fue duramente azotado. Así, el pasaje del historiador paduano no solo muestra el porqué se hizo necesaria la abolición del *nexum*, sino, también, la condición de *liber* del *nexi*.

La *manus iniectio* permitía al acreedor apoderarse de la persona del deudor si hubieren transcurrido más de treinta días desde que fuere condenado al pago y no se ha procedió a este[51]. El procedimiento para la imposición de la mano está establecido en la tercera de las *XII Tablas*[52], enumerando una serie de pasos para poder hacer efectiva la ejecución del deudor, el que en el intertanto permanecerá en poder de su acreedor, privado de libertad ambulatoria, pero no de su condición de persona libre. En resumidas cuentas, este procedimiento consistía en una forma personal de ejecución por la cual un ciudadano romano era tomado, engrillado y puesto bajo la custodia de otro por sesenta días, tras los cuales, si nadie pagaba la deuda por él o las partes no hubiesen arribado a algún acuerdo, el deudor podría ser vendido *trans Tiverim* como esclavo, perdiendo definitivamente su libertad[53].

Así, pese a no poder desplazarse y encontrarse muchas veces encadenado, se sigue percibiendo a este como un *liber*, cosa que queda de manifiesto

[51] Gai. 4, 21.

[52] Tab. 3, 1-6.- Aeris confessi rebusque iure iudicatis XXX diez iusti sunto. (2) post deinde manus iniectio esto; (3) ni iudicatum facit aut quis endo eo in iure vindicit, secum deducito, vincito aut nervo aut compedibus XV pondo, ne minore, aut si volet maiore vincito; (4) si volet suo vivito. Ni suo vivit, qui eum vinctum habebit, libras farris endo dies dato. Si volet, plus dato. (5) Erat autem ius interea paciscendi ac nisi forent, habebantur in vinculis dies sexaginta. Inter eos diez trinis nundinis continuis ad praetorem in comitium producebantur, quantaequie pecuniae iudicati essent, praedicabetur. Tertiis autem nundinis capite poenas dabant, aut Tiberim peregre venum ibant. (6) Tertiis nundinis partis secanto. Si plus minusve secuerunt. Se fraude esto. - El término según el derecho para pagar la deuda reconocida y la impuesta por sentencia sea de 30 días. (2) Inmediatamente después aprehéndasele. Llévesele ante el magistrado; (3) si no cumple lo juzgado o nadie sale en el acto garante por él ante el magistrado, llévelo consigo el actor y átelo con una correa o grillete de, al menos, 15 libras o, si quiere, de más; (4) Si el así apresado quisiere, viva a su propia costa. Si no lo hace, el que lo tenga preso dele una libra de pan farreo. Si quisiere, dele más. (5) Pero todavía se permitía pactar y, si no pactaban, se les mantenía encadenados sesenta días. Durante ese tiempo eran llevados en tres mercados consecutivos, pregonando la cantidad de dinero a la que habían sido condenados. Transcurridos los tres mercados, les daban muerte o los ponían a la venta al otro lado del Tíber fuera de la ciudad. (6) Después del tercer mercado córtesele en pedazos. Si cortaren de más o de menos, no se considerará fraude.

[53] Podríamos afirmar, siguiendo a Ernst Levy, que pierde su ciudadanía, porque realmente podría no perder la libertad, ya que ello dependerá del estado que le asigne el pueblo comprador, que bien podría comprarlo y dejarlo en libertad entre los suyos. Así, la ciudadanía es lo que realmente le importa al romano, la cual perderá. Lo mismo pasa con el exiliado. Véase Levy (1961), p. 141 y ss.

en la tab. 3, 4 que establece que el deudor, aún encadenado, si así lo quiere, puede vivir de lo suyo y en la tab. 3, 5, al reconocer siempre la posibilidad de pactar libremente[54].

En suma, únicamente los esclavos no serían libres, comprendiéndose en la clase de *liberis* a aquellos que a causa de su insolvencia se encuentran en una condición parecida a la de los primeros. Ahora bien, que las personas *in mancipium* tengan restringida la libertad, no significa que los *liberis* gocen de ella a plenitud, por cuanto los *alieni iuris* y aquellos bajo tutela o curaduría no pueden hacer cuanto les plazca. Tomemos como ejemplo las tutelas.

Tanto los impúberes como las mujeres de cualquier edad estaban bajo tutela, debiendo sus negocios jurídicos –o al menos los importantes– ser celebrados o autorizados por sus tutores[55]. Así, dependiendo de la edad del pupilo, el tutor actuará como *negotiorum gestor* o por medio de su *auctoritas interpositio*, siendo esta última extensible a la *tutela muliebris*[56]. Ahora bien, en el caso de las mujeres, desde tiempos de Augusto, en virtud de las así llamadas leyes matrimoniales, gozarán del *ius liberirorum*, por medio de lo cual, no estarán bajo tutela masculina en el caso de tener tres o cuatro hijos, dependiendo de su *status libertatis*[57]. Así, debido a este derecho, las mujeres que cumplan con los antedichos requisitos, a lo menos, no requerirán de la tutela, aunque pueden perfectamente estar bajo poder del marido.

En ambas situaciones –que mencionamos solo a modo ejemplar– la libertad no desaparece sino que ha sido restringida por el derecho. De ello hablaremos ahora.

3. ...Nisi quid vi aut iure prohibetur

De que el derecho es capaz de establecer límites a la libertad no cabe mayor duda, por cuanto el *ius* como *techné* o *ars* que es, tiene la capacidad de producir cambios en el mundo circundante[58], alterando situaciones, incluso, *contra natura*, como lo sería justamente el establecimiento de la esclavitud que coarta esa facultad natural. En *Pro Cluentio*, Cicerón sostuvo "legum denique idcirco omnes servi sumus ut liberi esse possimus"[59], y en *De Lege agraria* dijo que "libertas in legibus consistit"[60], aludiendo a que la libertad proviene del

[54] Gell. 20, 1, 46.
[55] Gai. 1, 144.
[56] Guzmán (2013), I, pp. 411-448.
[57] López (2018), pp. 95-99.
[58] Amunátegui (2016), p. 20.
[59] Cic. *Cluent*. 53, 146.- Seamos esclavos de las leyes para poder ser libres.
[60] Cic. *Leg. Agr.* 2, 202.- La libertad consiste en el derecho.

derecho. En ese sentido, la libertad no es una cuestión absoluta en el entendido que nada ni nadie puede ponerle límites, sino que ella es plena en la medida que respete los encuadres jurídicos establecidos para la persona libre. Hoy, en línea de máxima jurídica, decimos que en derecho privado –esto es, el que nos atañe a todos en cuanto particulares– las personas podemos hacer todo aquello que no nos está expresamente prohibido por el derecho, de suerte tal que la vinculación entre el derecho y la libertad es negativa, en la medida que el derecho la afecta al prohibir ciertos actos.

De esta manera, el derecho puede coartar la libertad en el entendido de limitarla, pero ello no hace que esta sea suprimida. Incluso, el mismo ordenamiento jurídico debe prever que al limitarse se haga con irrestricto apego a derecho, bastando como ejemplo de ello la privación de libertad ambulatoria. Así, en nuestro medio nadie puede ser privado de ella si no es conforme a lo dispuesto por la Constitución y las leyes, de suerte tal que de ser detenido ilegalmente el propio afectado o cualquiera a su nombre podrá recurrir a la autoridad competente para que se reestablezca el imperio del derecho.

En Roma el asunto era similar. Las personas podían ser afectadas en su libertad, pero dicha afección solo podía darse por formas amparadas por el derecho, y en caso contrario, incluso podía sustanciarse una causa *pro libertatis* con la finalidad de reestablecerlo en dicha condición, de momento que no existe ningún motivo conforme a derecho para que un ciudadano se encuentre privado de su libertad. Carlos Amunátegui nos recuerda el penoso caso de Virginia[61].

Siguiendo a Mario Talamanca[62], digamos que las causas *pro libertatis* tenían por objetivo discutir si una persona era esclava o libre. En el sistema de las *legis actiones* se daban a través de la *legis actio sacramenti in rem*, por medio de la cual quien decía ser propietario del presunto esclavo y quien defendía su libertad –el *adsertor in libertatem*– se desafiaban al *sacramentum*, que por la particularidad del conflicto solo podía ascender a cincuenta ases[63]. En el tiempo que durase el conflicto el presunto esclavo era tenido por *liber* y, en consecuencia, se mantenía libre. Luego, mediante una *sponsio praeiudicialis* se buscaba determinar la libertad o esclavitud del sujeto, cuando se podía usar una fórmula petitoria sin *litis aestimatio;* ello incluso después de la *lex Iulia* del año 17 a. C. En tiempos del principado, en razón del *favor libertatis*[64], se impedía el *iudicatum* cuando la sentencia en este tipo de causas niega la

[61] Amunátegui (2020), p. 102. Para el episodio en sí, véase Liv. 3, 44-48.

[62] Talamanca (1996), p. 82. En similar sentido, Hanisch (1984), p. 13 ss.

[63] Gai. 4, 16.

[64] D. 50, 17, 20, 0 Pomp. 7 ad Sab.- Quotiens dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit. – Siempre que es dudosa la interpretación relativa a la libertad se habrá de responder a favor de la libertad.

libertad de la persona, de forma tal que pueda volver a plantearse la acción incluso entre las mismas partes.

Desde este punto de vista, en la experiencia jurídica romana existe un gran número de circunstancias en las cuales la libertad puede resultar coartada lícitamente. Veíamos el de la *legis actio per manus inectionem*, donde personas libres se veían afectadas en su libertad por el derecho. Y en el mismo plano procesal de las acciones de la ley, las *XII Tablas* nos recuerdan que si una persona no comparecía voluntariamente ante el magistrado, podía ser tomada y llevada por la fuerza[65], y esa fuerza, no es sólo física, sino, también, jurídica, en la medida que el ordenamiento jurídico la ampara.

Y como sigue ocurriendo hoy, la libertad, pese a tener su más clara expresión en la oposición a la esclavitud, inunda otros campos del derecho distintos a la libertad personal. Así, sostuvimos que, en derecho, se expresa también en la celebración de actos y negocios jurídicos, la ejecución de diversos hechos, el aprovechamiento de las cosas y en las relaciones jurídicas privadas y entre gobernantes y gobernados. A continuación, veremos algunas situaciones a modo ejemplificador de lo que hemos venido señalando, razón por la cual no nos detendremos pormenorizadamente en ninguno, ya que no es el fin de este estudio.

Así, en materia de actos y negocios, los romanos entendían que eran libres para celebrarlos, dentro de los marcos establecidos por el derecho. Veíamos con anterioridad las tutelas, que imponían a determinadas personas prohibiciones o –como diríamos hoy– requisitos habilitantes, para poder celebrar libremente estos actos y negocios. Fuera de ello, en las fuentes jurídicas romanas encontramos no pocos casos de prohibiciones para celebrar ciertos negocios, de los cuales podemos señalar de forma meramente ilustrativa la prohibición de compraventas entre padres e hijos[66]; la del tutor de donar bienes del pupilo[67] o las dadas al marido en la administración y disposición de los bienes dotales, en la así llamada *lex Iulia de fundo dotalis*[68].

En cuanto a la situación patrimonial de los dependientes de un *pater*, en líneas generales, carecían de un patrimonio que les fuere propio, por lo que pese a ser *liberis*, no podían disponer libremente, salvo que el *pater* hubiera dado ciertos bienes en peculio. Con respecto a estos últimos, en tiempos

[65] Tab. 1, 1-3.

[66] D. 18, 1, 2, Ulp. 1 ad Sab.- Inter patrem et filium contrahi emptio non potest, sed de rebus castrensibus potest. – entre padres e hijos no puede contraerse compra, sino respecto a las cosas del peculio castrense.

[67] D. 26, 7, 12, 2 Paul. 38 ad ed.- Nimium est licere tutori respectu existimationis pupilli erogare ex bonis eius, quod ex suis non honestissime fuisset erogaturus.

[68] Véase D. 23, 5.

de Augusto, se reconoció la existencia de dos especies de peculios sobre los cuales el hijo de familia tenía plena capacidad: Los peculios castrenses y quasicastrense[69]. Ahora bien, pese a la libertad para su aprovechamiento –que incluía la capacidad de otorgar testamentos– si el *alieni iuris* moría sin hacerlo, el único heredero será el *pater*, siguiendo las reglas generales en materia de peculios.

Siguiendo en el ámbito de las sucesiones, evidentemente que los romanos eran libres para otorgar testamentos. De hecho, a tal punto lo fueron que se hizo necesaria de una serie de leyes que restringieran la libertad para otorgar legados que hicieran de la herencia una herencia dañosa[70], demostrándonos cómo el derecho limita la facultad de otorgar legados libremente. Y a propósito del testamento, Jakob Stagl ha analizado un caso bastante particular en torno a la revocación de un testamento, donde pese a haberse dejado sin efectos sus disposiciones, en razón del *favor libertatis*, subsistieron, empero, unas manumisiones[71].

En lo que a la propiedad respecta, sabemos que esta permite al dueño de una cosa aprovecharla libremente de múltiples formas, siendo solo limitada por el derecho, comprendiéndose en él tanto al derecho objetivo como al subjetivo, de momento que el aprovechamiento no puede ser contrario a la ley o al derecho ajeno, como reza la parte final del artículo 582 de nuestro *Código civil*. De este modo, limitaciones jurídicas a la propiedad serían, por ejemplo, los actos expropiatorios o los gravámenes voluntariamente impuestos a la cosa, como los *ius in re aliena*, que terminan o limitan este derecho absoluto, pero no los hechos, como los actos inmisivos o la pérdida de la posesión.

En las relaciones entre privados, fuera de las propias del tráfico comercial y jurídico, por cierto, que la libertad puede ser afectada por el derecho. En este campo, los ejemplos más prístinos para la experiencia jurídica romana están dados por la *patria potestas* y la *manus*[72], en virtud de la cual los hijos, hijas y dependientes de los varones como la mujer *in manu* se encontrarán bajo la *vitae necisque potestas* del *pater*, pudiendo administrar la justicia doméstica, por ejemplo, por delitos femeninos[73], exponer a los hijos[74], matarlos o venderlos como mano de obra[75]. A tal punto era la restricción de la libertad en el ámbito domestico que, como ha puesto de manifiesto Carlos Amunátegui,

[69] Véase. D. 49, 17.
[70] Guzmán (2013), ii, pp. 822-824.
[71] Stagl (2020), p. 1 y ss.
[72] Para la *patria potestas*, véase Amunátegui (2009), p. 43 y ss.
[73] Véase López (2018), pp. 19-33.
[74] Véase Maiuri (2012), p. 525 y ss.
[75] Gai. 1, 117-118.

que hablemos de los particulares y de sus relaciones como "privados" justamente muestra la privación de libertad[76].

Dejemos hasta aquí este análisis, ya que no tiene mayores pretensiones que ejemplificar algunas situaciones de muchas en que el derecho limita la libertad y, por ende, donde no se puede hacer todo cuanto se desee.

Ahora bien, ¿qué el derecho establezca límites a la libertad hace que la sociedad y sus individuos sean menos libres? No. Ya que ello solo implica que todos y cada uno de sus miembros conozcamos *ex ante* las normas a las que debemos atenernos y enderezar nuestro actuar. De hecho, el estoicismo le da sentido a esta idea, puesto que, para esta corriente filosófica, a diferencia del epicureísmo que plantea que todo es casual, para el estoicismo nada lo sería merced de que al ser el universo completamente racional, todo es como ha de ser, de suerte tal que la libertad no podría consistir en que el mundo y la vida se dirijan como queramos, porque ello necesariamente será frustrado, por el determinismo de la divina providencia, sino que implica que se desee lo que dicha providencia quiere, de suerte tal que terminaríamos guiados por ella. En consecuencia, la libertad se alcanza cuando se hace coincidir el querer humano con el divino, no cuando se persigue su adecuación[77].

Cosa distinta ocurre con la violencia, la *vis*[78], la que por su propia fisionomía puede entenderse como una forma de *iniuria*, es decir, la negación misma del derecho[79], porque la violencia es siempre antijurídica, lo que no implica que el derecho prescinda de la fuerza, por cuanto el derecho tiene un carácter puramente intelectual, que requiere concretarse por medio de ella, siendo, en consecuencia, condición de eficacia del derecho.

Ocurre que cuando la violencia se ajusta a derecho, aunque en lo material pueda causar una lesión, en el plano intelectual del derecho esa lesión no es un daño, por lo que jurídicamente no existe, como bien decía el jurista Paulo[80]. El ejemplo más claro de ello es la autotutela. Así, la violencia es un tipo de injuria por lo que puede analizarse desde ese aspecto. De hecho, y

[76] Podcast: "Libertas" en "Arcana Historica" disponible en Spotify: https://open.spotify.com/episode/7DS23Z0TD42HCIeptllcGi?si=fe0a5bee258845cc [fecha de consulta: 10 de mayo de 2022].

[77] Severino (1986), pp. 179-180.

[78] Theodor Mommsen dice: "vis es el poder, y sobre todo la prepotencia, la fuerza, por medio de la cual una persona, ora constriñe físicamente a otra para que deje de realizar un acto contra su propia voluntad, ora cohíbe esta voluntad mediante la amenaza de un mal o, lo que es lo mismo, por miedo (metus), para determinarla a ejecutar o a no ejecutar una acción". Mommsen, (1999), p. 410.

[79] Véase Castresana (2001), p. 44.

[80] D. 50, 17, 151, 0 Paul. 64 ad ed.- Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet. – Nadie hace daño, a menos que, quien lo hizo, no tenga derecho para hacerlo.

tal como la libertad personal nos resulta del todo clara para pensar en dicha facultad, la violencia contra las personas debería servirnos del mismo modo para razonar sobre la *vis*.

Partamos mirando un pasaje de nuestro Florentino. El jurista sostuvo en sus *Instituciones*:

> "Rechacemos la violencia y la injusticia, pues sucede que, en virtud de este derecho, lo que cualquiera hubiere hecho en salvaguardia de su cuerpo se estime que lo hizo con derecho, y como la naturaleza estableció entre nosotros un cierto parentesco, se sigue que es ilícito atentar un hombre contra otro"[81].

De este modo, toda vez que la naturaleza ha establecido una suerte de parentesco entre las personas, no es lícito que una atente contra otra. Si bien el pasaje está establecido en torno al delito de injurias, pensando en las lesiones físicas, lo cierto es que de él puede desprenderse el mismo razonamiento en torno a la libertad. Así, la regla es que nadie puede atentar contra otro y si lo hiciere, ello sería una conducta ilícita o contraria a derecho, es decir, una injuria, pero, si alguno lo hiciera en defensa de la propia integridad, habrá actuado con arreglo a derecho, no pudiendo, en consecuencia, la violencia ser tenida por antijurídica. Visto desde la óptica de la *libertas*, lo cierto es que a ninguno le es lícito coartar la libertad del prójimo, salvo en cuanto existiera una justificación con arreglo a derecho para hacerlo. En ese sentido, la máxima florentina es del todo armónica, por cuanto si uno embaraza la libertad de otro, lo hace o, bien, por la fuerza ilegítima o, bien, acorde a derecho, siendo ambos los límites propios reconocidos por el jurista. Y así como la lesión hecha dentro de los límites del derecho, aun cuando no configure jurídicamente un daño, materialmente de todas formas existe, los hechos pueden afectar la libertad por más ilícitos que sean.

Y pensemos en la captura bélica, que debe ser uno de los casos paradigmáticos para el derecho romano por los cuales la violencia priva al sujeto de la libertad[82], de la cual el propio Julio César fue víctima a manos de los piratas[83]. En Roma, la captura de los enemigos abatidos era un medio idóneo para

[81] D. 1, 1, 3. Flor 1 inst.- ut vim atque iniuriam propulsemus: nam iure hoc evenit, ut quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, iure fecisse existimetur, et cum inter nos cognationem quandam natura constituit, consequens est hominem homini insidiari nefas esse. - Rechacemos la violencia y la injusticia, pues sucede que, en virtud de este derecho, lo que cualquiera hubiere hecho en salvaguardia de su cuerpo se estime que lo hizo con derecho, y como la naturaleza estableció entre nosotros un cierto parentesco, se sigue que es ilícito atentar un hombre contra otro.

[82] Guzmán (1991), p. 31.

[83] Plut. *Caes.* 1, 8.

proveerse de esclavos que pudieran ser vendidos en los mercados para que cumpliesen las más diversas funciones[84]. Pero, así como los romanos podían apresar a los enemigos, los propios soldados romanos habrían corrido igual suerte, por cuanto, recordemos, la esclavitud fue introducida en el mundo por el derecho de gentes. Así, si un romano era preso del enemigo desaparecía para la ciudad y, en consecuencia, su desaparición producía una serie de consecuencias jurídicas, como la invalidez de todos los actos y negocios jurídicos que supongan la condición de libres y ciudadanos, y en lo que a su patrimonio respecta, este queda *sine domino*[85]. Otros efectos que podríamos mencionar son el término del usufructo y del contrato de sociedad, la extinción de la *patria potestas* y de la *manus*, y en lo que a los hechos respecta, termina el matrimonio y se abre la sucesión. En razón de lo anterior una *lex Cornelia* de tiempos de Sila (s. I) estableció una ficción para el caso en que un soldado hubiera sido apresado por el enemigo, según la cual este murió siendo ciudadano romano, lo que permitiría evitar las perniciosas consecuencias de entenderlo muerto bajo esclavitud. Pero si este reaparecía, esto es, volvía a territorio romano, retomaba su libertad gozando del *ius postliminium* por el cual debía ser restablecido en todas las situaciones jurídicas de las cuales era titular antes de su captura, cuestión que no alcanza a las situaciones fácticas. De ahí que el matrimonio, que debido al desaparecimiento terminó, no se retome tras la reaparición del cautivo, por cuanto en Roma el matrimonio era una situación de hecho. Ello refleja cómo los hechos afectan solo a los hechos. En cuanto a la libertad, como no es un derecho, es que la violencia puede limitarla. De ahí que se hiciera tan necesaria la *fictio legis Corneliae*, que, como norma jurídica es capaz de alterar las consecuencias del hecho violento.

Carlos Amunátegui, para demostrar cómo los hechos en caso alguno pueden imponerse al derecho, pero sí este a aquellos, recurre a un ejemplo diverso: la posesión[86].

Por todos es sabido que la propiedad es un derecho real que no solo permite a su titular aprovechar la cosa de forma arbitraria y absoluta, sino que, también, reclamarla de manos de quien se encuentre por medio de la *reivindicatio*. Así, el dueño no poseedor tiene una acción para reclamar la cosa del poseedor no dueño de ella, de suerte tal que una situación fáctica como la posesión de una cosa ajena no altera la condición jurídica de ella. Agreguemos a esto que, si el poseedor de la cosa perdiera su tenencia, para reclamarla, en principio, no tendría acción, sino solo protección interdictal. De hecho, solo

[84] Véase De Martino (1980), p. 70 y ss.
[85] Guzmán (2013), I, p. 326.
[86] Amunátegui (2020), p. 101.

aquella posesión civil que el pretor entienda con una apariencia tal de dominio será tutelada con una acción, para lo cual será necesario recurrir –como en la *lex Cornelia*– a una ficción, ordenando en la propia *actio* al juez suponer que ha transcurrido todo el tiempo necesario para que el poseedor hubiese adquirido la cosa por *usucapio*, que no es otra cosa que una nueva manifestación de la imposición del derecho a los hechos, al punto que, en estricto rigor, no se protege por medio de la *actio publiciana* la posesión, sino el dominio pretorio[87]; la posesión como tal no podría tener protección por vía de acciones, ya que estas solo tutelan derechos, no hechos, siendo los mecanismos propios para resguardar la posesión los interdictos, es decir, órdenes del pretor con el objetivo de mantener la paz pública. Así, dentro de los interdictos comúnmente conocidos dos se refieren justamente al despojo violento los interdicto *unde vi*[88] y *unde vi armata*[89], los cuales amparan a aquel que ha perdido la posesión de una cosa por medios violentos, incluyendo, en el último caso, al poseedor vicioso, por cuando es preferible evitar un conflicto mayor, protegiendo a un poseedor que en principio no sería tutelado por el pretor. De hecho, a tal es el punto por el cual el pretor da protección a ciertas situaciones para evitar que la paz pública se pierda, que en el décimo tercer libro de sus *Comentarios a Plauto* Paulo afirma:

> "No se ha de conceder a cada cual, lo que públicamente se puede hacer por medio del magistrado, a fin de que no haya ocasión de producir mayor tumulto"[90].

De ahí que estemos de acuerdo en que la violencia, en cuanto hecho, no cabe duda de que coarta la libertad. Así, quien es detenido en forma legal, está privado de libertad, del mismo modo que el secuestrado lo está. Sin embargo, entre estos hay una gran diferencia: cuando el derecho limita la libertad, establece siempre los mecanismos para reestablecer su imperio cuando tal límite no se ajusta a sus disposiciones, mientras que, cuando la violencia la coarta, no siempre se contará con dicha garantía. De ahí entonces, la libertad debe ser siempre especialmente resguardada, por cuanto pareciera ser, incluso, más frágil que el más débil de los derechos.

---

[87] Gai. 4, 36.

[88] Gai. 4, 154.

[89] Gai. 4, 155.

[90] D. 50, 17, 176, 0 Paul. 13 ad Plaut.- *Non est singulis concedendum, quod per magistratum publice possit fieri, ne occasio sit maioris tumultus faciendi.* En la *Palingenesia*, Lenel identifica, aunque sin seguridad, el décimo tercer libro como *De innterdictis.* Véase Lenel (1889), cols. 1166-1167.

Conclusiones

Para no extendernos en demasía digamos que la *libertas* en el entendido de Florentino tiene perfecta armonía con los postulados de la filosofía estoica imperantes al tiempo de definirse la libertad, cuestión que queda de manifiesto no solo por el probable contexto en que vivió Florentino, sino por su correspondencia en cuanto a las otras materias que este trata, como con los dichos de otros juristas estoicos contemporáneos a él y de otros escritores anteriores a su tiempo.

El concepto de libertad dado por el jurista es profundo y sintético como los son las buenas definiciones. En él, nos recuerda que la libertad no es un derecho, sino una facultad connatural al ser humano, sea libre o esclavo. Luego, ella puede verse alterada por una cuestión de *status*, donde el *status civitatis* no debe ser obviado en el análisis.

El objeto de la libertad es hacer cuanto se desee, pero no en forma arbitraria, sino que respetando siempre el marco que el propio ordenamiento jurídico crea, de los cuales vimos algunos ejemplos.

Finalmente, nos recuerda que no solo el derecho puede coartar esta facultad humana, sino, también, la violencia, que a diferencia del derecho no lo hará en forma justa ni estableciendo los mecanismos para el restablecimiento del derecho, sino que por vía de los hechos impedirá a la persona hacer lo que desee. Dada su fragilidad es que sea necesario que el ordenamiento jurídico la tutele con especial esmero, porque, como dijo Gayo (D. 50, 17, 122): Libertas omnibus rebus favorabilior est. – la libertad es más favorable que todas las cosas.

Bibliografía

Amunátegui, Carlos (2009): *El origen de los poderes del paterfamilias. El pater familias y la patria potestas* (Madrid, Dykinson).

Amunátegui, Carlos (2016): *Teoría y fuentes del derecho. Boni et Aequi* (Santiago, Ediciones UC).

Amunátegui, Carlos (2019): "Libertad y esclavitud en la Roma arcaica". *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 41.

Amunátegui, Carlos (2020): "El Digesto y su definición de libertad". *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 42.

Betti, Emilio (1947): *Istituzioni di diritto romano* (Padova, Cedam).

Castresana, Amelia (2001): *Nuevas lecturas de responsabilidad aquiliana* (Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca).

Corral, Hernán (2018): *Curso de derecho civil. Parte general* (Santiago, Thomson Reuters).

De Martino, Francesco (1980): *"Storia economica di Roma antica"* (La Nuova Italia Editrice) vol. i.

Domingo, Rafael (2002): *Textos de derecho romano* (Navarra, Aranzadi).

Fernández de Buján, Antonio (2004): "Emilio Papiniano", en Rafael Domingo (ed.). *Juristas Universales,* Tomo i (Madrid, Marcial Pons).

Fraschetti, Augusto (2014): *Marco Aurelio. La miseria de la filosofía* (trad. Javier Arce, Madrid, Marcial Pons).

Guzmán Brito, Alejandro (1991): "La igualdad natural de todos los hombres en el pensamiento jurídico romano de la época clásica". *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos,* n.º 14.

Guzmán Brito, Alejandro (2013): *Derecho privado romano* (Santiago, Thomson Reuters, segunda edición).

Hanisch, Hugo (1984): "La defensa de la libertad en el derecho romano". *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.° 9.

Honoré, Tony (2002): *Ulpian: Pioneer of Human Rights* (Oxford, University Press Scholarship).

Honoré, Tony (2010): "Ulpian, Natural Law and Stoic Influence", *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis,* No. 78.

Kohler, Josef (1883): *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz* (Wurzburgo, Druck & Verlag Der Stahel'schen Univers.-Buch- & Kunsthandlung).

Lenel, Otto (1889): *Palingenesia Iuris Civilis. Iuris consultorum reliquiae quae iustiniani digestis continentur ceteraque iuris prudentiae civilis fragmenta minora secundum auctores et libros,* Tomo i (Lipsig, Ex Officina Bernhardi Tauchnitz).

Levy, Ernst (1961): "Libertas und Civitas". *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Romanistische Abteilung,* No. 78.

Liebs, Detlef (2004): "Salvio Juliano", en Rafael Domingo (ed.). *Juristas Universales,* Tomo i (Madrid, Marcial Pons).

López Güeto, Aurora (2018): *El derecho romano en femenino singular* (Madrid, Tecnos).

Maiuri, Arduino (2012): "Enorme monstrum: deformità e difformità nel mondo greco-romano", en Marina Passalacqua y otros (a cura di), *Spudasmata*, N° 147.

Marrone, Matteo (2004): *Manuale di diritto privato romano* (Turín, Giappichielli).

Mitsis, Phillip (1999): "The Stoic Origin of Natural Rights", en Katerina Ierodiakonou (ed.). *Topics in Stoic Philosophy* (Oxford, Clarendon Press).

Mommsen, Theodor (1999): *Derecho penal romano* (Pamplona, Analecta).

Peppe, Leo (1981): *Stusi sull'esecuzione personale* (Milano, Giuffrè).

Severino, Emanuele (1986): *La filosofía antigua* (Barcelona, Ariel).

TALAMANCA, Mario (1996): *Istituzioni di Diritto romano* (Milano, A. Giuffrè).

STAGL, Jakob (2020): "El favor libertatis: una institución particular. A propósito de Marcell. D. 28, 4, 3 pr.-1". *Revista General de Derecho Romano,* n.º 34.

ESTUDIOS Y ENSAYOS

Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

EL CASO BREWER-CARÍAS VS. VENEZUELA: LECCIONES DESDE LA PERSPECTIVA DEL DEBIDO PROCESO

BREWER-CARÍAS V. VENEZUELA: LESSONS FROM THE PERSPECTIVE OF DUE PROCESS

Marisol Peña Torres[*]

Resumen: En el presente artículo se analiza el dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU, de 18 de octubre de 2021, que repara los efectos producidos por la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del jurista venezolano Allan Brewer-Carías, en particular, en lo que se refiere a la vulneración del derecho de acceso a la justicia en conexión con el derecho a un recurso efectivo para tutelar los derechos protegidos en el ámbito internacional.

Palabras claves: Derecho de acceso a la justicia, derecho a un recurso efectivo, agotamiento de los recursos internos.

Abstract: This article analyzes the judgment of the ONU Human Rights Committee, dated October 18, 2021, which has come to repair the effects produced by the decission of the Inter-American Court of Human Rights in the case of the Venezuelan jurist Allan Brewer- Carías, particularly with regard to the infringement of the right of access to justice in connection with the right to an effective remedy to assure the rights protected by international level.

Keywords: Right of access to justice, right to an effective remedy, exhaustion of local remedies

[*] Profesora titular de Derecho Constitucional. Centro de Justicia Constitucional Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: marisolpena@udd.cl

I. Introducción

Con fecha 18 de octubre de 2021, el Comité de Derechos Humanos de la ONU pronunció su dictamen en el caso CCPR C/133/D/3003/2017, correspondiente a la denuncia que había interpuesto el jurista Allan Brewer-Carías[1] contra el Estado de Venezuela, el 21 de diciembre de 2016. La acción se fundaba en diversas vulneraciones a las normas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966 y a su protocolo facultativo que tenían que ver con las garantías del debido proceso y con la existencia de discriminación por razones políticas.

El aludido dictamen del Comité de Derechos Humanos confirma varias de las violaciones alegadas y establece la obligación de Venezuela de proporcionar al denunciante un recurso efectivo, lo que importa una reparación integral de sus derechos vulnerados. Al mismo tiempo, el Comité fijó al Estado parte un plazo de ciento ochenta días para informar sobre las medidas que hubiere adoptado para aplicar su dictamen, el que, además, debía ser publicado y dársele amplia difusión.

La denuncia ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU se realizó después de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en fallo de 26 de mayo de 2014, acogiera la excepción preliminar deducida por el Estado de Venezuela, que alegaba la falta de agotamiento de los recursos internos por parte de la presunta víctima, lo que impidió entrar al examen de fondo de las alegaciones de Allan Brewer-Carías. La sentencia fue pronunciada por dos votos a favor y dos en contra, correspondientes estos últimos a los jueces Manuel Ventura Robles y Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Por su parte, el juez chileno Eduardo Vio Grossi, se excusó de participar en este litigio por haber trabajado en el Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, dirigido en esa época por Allan Brewer-Carías.

El interés jurídico de este dictamen es doble: por un lado, desvirtúa la idea, hasta hoy generalizada, de que el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la última posibilidad que le asiste a un nacional de un Estado miembro de la Convención Americana de Derechos Humanos para constatar la vulneración de sus derechos y obtener las reparaciones correspondientes. Por otro lado, contribuye a precisar el alcance del requisito del agotamiento de los recursos internos como determinante para

[1] Allan Brewer-Carías es abogado, doctor en Derecho y profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela. Ha sido profesor visitante y profesor adjunto en la Columbia Law School en Nueva York. Exmiembro de la Junta Directiva del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y exvicepresidente de la Academia Internacional de Derecho Comparado con sede en La Haya. Miembro y expresidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela.

la admisibilidad de aquellas acciones que tiendan a perseguir las responsabilidades de un Estado por la vulneración de los derechos que se aseguran en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, del año 1966.

En el presente artículo se abordará, en primer lugar, el contexto fáctico en que se deduce la denuncia de Allan Brewer-Carías ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU, con especial énfasis en el pronunciamiento previo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Enseguida, se analizará la importancia del requisito de agotamiento de los recursos internos como estándar de admisibilidad de las denuncias, tanto ante la aludida Corte como ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en su relación con el derecho básico de acceso a la justicia. Por último, se extraerán algunas conclusiones a la luz de los criterios establecidos en el dictamen del Comité de Derechos Humanos en el caso en comento.

II. Hechos que desencadenaron la denuncia de Allan Brewer-Carías ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La historia de Venezuela ha estado marcada, en las últimas décadas, por apartarse de los estándares democráticos señalados en la Carta Democrática Interamericana de la OEA, suscrita en Lima, en el año 2001.

Es así como el Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos (OEA) aprobó una resolución, con fecha 9 de diciembre de 2020, por la cual llama a:

> "Rechazar las elecciones fraudulentas celebradas en Venezuela el 6 de diciembre de 2020 y no reconocer sus resultados por no haber sido libres ni justas de conformidad con las condiciones establecidas en el derecho internacional; por carecer de imparcialidad y transparencia; por no haber contado con la participación de todos los actores políticos y de la ciudadanía; por no haber sido liberados los presos políticos; por la falta de independencia de la autoridad electoral; y por no haber contado con observación electoral internacional independiente y creíble".

Resuelve, asimismo, que existe una estrategia consistente y deliberada del régimen ilegítimo de Nicolás Maduro de socavar el sistema democrático y la separación de poderes, que incluye la instalación de una asamblea nacional no democráticamente electa[2].

[2] CP/RES. 1164 (2309/2020). n.os 1 y 2.

Como la resolución citada invocó la Carta Democrática Interamericana de la OEA conviene recordar que, conforme a su artículo 1.°: "Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla". Por su parte, el artículo 3.° del mismo instrumento prescribe:

> "Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos".

Sin embargo, la historia de vulneraciones al régimen democrático había comenzado durante el gobierno del presidente Hugo Chávez, antecesor de Nicolás Maduro. Fue así como, a comienzos del año 2002, mientras gobernaba dicho Mandatario, se produjo el nombramiento, por parte del Ejecutivo Nacional, de una nueva directiva de la industria Petróleos de Venezuela (Pdvsa), de propiedad del Estado, lo que produjo un paro de los empleados de la misma. Este movimiento fue apoyado por la Confederación de Trabajadores de Venezuela (CTV) que el día 9 de abril llamó a un cese de labores de veinticuatro horas en solidaridad con la empresa. La actitud de la CTV fue apoyada, a su vez, por sectores empresariales de Venezuela representados por Fedecámaras, como por la Iglesia católica liderada por el Episcopado.

A pesar de que se estimó que la manifestación no había tenido mayor contundencia, la CTV llamó a una huelga general indefinida en la tarde del día 10 de abril, lo que fue considerado como un decidido acto insurreccional contra el gobierno[3]. Esta última característica parece corroborada por el hecho de que la marcha del día 11 de abril se encaminó hacia el Palacio Presidencial de Miraflores bajo la consigna de "sacar a Chávez". Al final de ese día, la prensa registraba un número de diecinueve muertos entre personas prochavistas y quienes estaban en contra del régimen[4].

A los acontecimientos descritos se suma el movimiento gestado en las cúpulas militares de Venezuela, que encuentra uno de sus momentos más extremos en el pronunciamiento del Comandante en Jefe del Ejército, en el sentido de que esta rama no acataría las órdenes presidenciales. La presión militar y, en especial, la amenaza de bombardeo al palacio de Miraflores, desatan la renuncia del presidente Hugo Chávez en la madrugada del día 12

[3] CLACSO (2002), p. 23.

[4] Diario *El Universal*, Caracas, 27 de abril de 2002.

de abril de 2002[5], mientras que, un poco más tarde, Pedro Carmona Estanca (representante de Fedecámaras) anuncia que asumirá la presidencia del país liderando un gobierno de transición cívico-militar.

En el transcurso del mismo día 12 de abril se da a conocer el denominado "Decreto Carmona", por el cual se constituye un gobierno de transición democrática y de unidad nacional y se designa a Pedro Carmona Estagna como Presidente de la República de Venezuela. El aludido decreto disponía, además, la cesación en sus cargos de los diputados principales y suplentes de la Asamblea Nacional convocando a elecciones legislativas nacionales, a más tardar, en diciembre de ese año, con el fin de instalar un Poder Legislativo Nacional con facultades constituyentes para la reforma general de la Constitución de 1999. Del mismo modo, el decreto destituía de sus cargos al presidente y magistrados del Tribunal Supremo de Justicia calificando de ilegítima su ocupación.

Es, precisamente, en medio de los acontecimientos del día 12 de abril, cuando se desatan las circunstancias que van a afectar a Allan Brewer-Carías, llevándolo a activar la protección del sistema interamericano de derechos humanos y, ante su nula respuesta, del Comité de Derechos Humanos de la ONU.

Tal como relata la parte expositiva del dictamen del Comité de Derechos Humanos, en la madrugada del día 12 de abril de 2002, el jurista Allan Brewer-Carías recibió una llamada telefónica de Pedro Carmona Estagna para requerir su presencia personal a fin de evacuar una opinión jurídica en su calidad de abogado especialista en derecho público y reconocido constitucionalista. Así, fue trasladado al fuerte Tiuna[6], donde se le exhibió el borrador de un decreto, de autoría desconocida, que sería difundido horas más tarde. A pesar de que no pudo entrevistarse personalmente con Pedro Carmona, Allan Brewer-Carías le transmitió, a través de una llamada telefónica, su desacuerdo absoluto con el texto que se le había exhibido en el fuerte Tiuna por apartarse del constitucionalismo y violar la Carta Democrática Interamericana de la OEA. El dictamen del Comité de Derechos Humanos indica, asimismo, que, en los días subsiguientes, los medios de comunicación especularon sobre la presencia del abogado Allan Brewer-Carías en el fuerte Tiuna, atribuyéndole la autoría intelectual y la redacción del decreto Carmona, lo que él desmintió en forma pública.

El día 15 de abril del mismo año, el presidente Hugo Chávez regresa al palacio de Miraflores para retomar el poder luego de que las cúpulas militares restaran todo apoyo a Pedro Carmona.

En el mes de julio de 2002, la Comisión Parlamentaria Especial creada por la Asamblea Nacional de Venezuela para investigar los sucesos de abril de ese

[5] Con posterioridad, diversos medios de comunicación internacionales anunciaron que el presidente Hugo Chávez no había renunciado y que se encontraba preso.

[6] Sede del Ministerio de Defensa y de la Comandancia General del Ejército.

año, emitió un informe sin que se hubiera citado ni oído previamente a Allan Brewer-Carías, a pesar de que daba por demostrada su participación en la planificación y ejecución del golpe de Estado, así como en el hecho de haber sido corredactor del decreto de autoproclamación y disolución de todos los poderes públicos.

Más tarde, en enero de 2005, y como relata Héctor Faúndez:

> "Con motivo de los sucesos de abril de 2002, en los que se atribuyó a Allan Brewer-Carías la autoría del 'Decreto Carmona' [...], la fiscal provisoria Sexta del Ministerio Público a Nivel Nacional con Competencia Plena, Luisa Ortega Díaz, imputó al Dr. Brewer-Carías 'la comisión del delito de conspiración para cambiar violentamente la Constitución', por haber participado en la 'discusión, elaboración, redacción y presentación' del mencionado Decreto"[7].

La imputación se basó en la denuncia privada formulada, en el mes de mayo de 2002, por el coronel de Ejército y abogado, Ángel Bellorín, afirmando que era "un hecho notorio comunicacional reiterado" que Allan Brewer Carías había participado en la redacción del Decreto Carmona, tal y como se desprendía de artículos periodísticos.

En el marco de la investigación penal abierta contra Allan Brewer-Carías se sucedieron diversas irregularidades, entre las que el dictamen del Comité de Derechos Humanos destaca la suspensión de los dos magistrados de la Corte de Apelaciones que habían votado por la nulidad de la medida de prohibición de salida del país de varios ciudadanos a los que se atribuyó participación en los hechos de abril del año 2002. Del mismo modo, releva la negativa sistemática de la fiscal del Ministerio Público de expedir copia del expediente íntegro sobre la medida de expulsión del país solicitada, varias veces, por los defensores de Allan Brewer-Carías, lo que, ciertamente, incidía en su posibilidad de defensa, pues solo se le exhibieron, a sus defensores, determinadas copias del mismo. Asimismo, la fiscal rechazó testimonios ofrecidos y la práctica de determinados informes técnicos que contribuyeran a descartar cualquier hipótesis de culpabilidad en los hechos imputados.

En el mes de septiembre del año 2005, Allan Brewer-Carías salió de Venezuela para cumplir compromisos académicos en la Universidad de Columbia en Estados Unidos. Al mes siguiente, la Fiscal Provisoria Sexta, instructora de la causa penal, dedujo acusación penal en su contra, solicitando que se decretara su privación preventiva de libertad, lo que, en la práctica, ocasionó que el afectado se viere impedido de retornar a Venezuela ante el riesgo inminente de ser detenido de inmediato y verse afectada su integridad física y moral.

[7] Faúndez (2022), p. 83.

La defensa del encausado presentó dos recursos de nulidad de lo obrado en la investigación criminal que lo afectaba: el primero, después de conocerse la publicación de un libro, cuya autora era la recién asumida Fiscal General de la República de Venezuela, en el que afirmaba que Allan Brewer Carías, entre otros, era el autor del denominado "Decreto Carmona", lo que, sin duda alguna, le restaba imparcialidad al juzgamiento. El segundo recurso de nulidad fue presentado por su defensa una vez conocida la solicitud de privación de libertad, alegando la improcedencia de la misma. El actor sostuvo ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU que ninguna de dichas acciones judiciales fue respondida.

A los hechos anteriores se une la dictación, en el mes de febrero del año 2007, de una ley especial de amnistía extinguiendo todas las acciones penales por los hechos relacionados con la redacción y firma del Decreto Carmona. La solicitud de sobreseimiento de la causa contra Allan Brewer-Carías, sobre la base de dicha Ley de amnistía, fue denegada tanto en primera como en segunda instancia.

III. El intento fallido de amparo por el sistema interamericano de derechos humanos

El 24 de enero del año 2007 se presentó una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, firmada por los juristas: Pedro Nikken, Hélio Bicudo, Claudio Grossman, Juan E. Méndez, Douglas Cassel y Héctor Faúndez Ledesma, en defensa del constitucionalista Allan Brewer-Carías, la que derivó en el informe de fondo n.º 171/11, de 3 de noviembre de 2011.

Los derechos de la Convención Americana que la defensa de Allan Brewer-Carías estimó vulnerados fueron los artículos 8.1 (derecho a ser oído, con las debidas garantías, por un tribunal competente, independiente e imparcial); 8.2 (derecho a la presunción de inocencia y a garantías mínimas del juzgamiento); 13 (libertad de pensamiento y de expresión) y 25 (protección judicial), en relación con los artículos 1.1[8] y 2[9] de la Convención Americana de Derechos Humanos.

[8] Artículo 1. Obligación de respetar los derechos. 1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sometida a su jurisdicción, sin discriminación alguna por razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

[9] Artículo. 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Sin perjuicio de que todos los derechos alegados como infringidos son trascendentes para configurar un debido proceso, parece muy relevante que la defensa de Allan Brewer-Carías haya alegado la falta de un recurso efectivo en su juzgamiento por la justicia venezolana.

En efecto, y tal como señala Anamari Garro, el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos[10] es "una manifestación específica del derecho de acceso a la justicia, dirigida a la protección de los derechos fundamentales"[11]. En este caso, cobra especial gravedad que, tal como se reproduce en el informe evacuado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en respuesta a los planteamientos del imputado:

> "Los tribunales sostuvieron que carecían de atributos legales para proteger sus derechos, que los planteamientos eran inoportunos o que no podían interferir con la autonomía de la Fiscalía en la dirección de la investigación" (n.º 46).

Además, el Poder Judicial y el Ministerio Público se habían mostrado carentes de toda independencia (n.º 47) y la presentación del recurso de nulidad, por parte de la defensa, como último recurso interno para acreditar la violación de derechos fundamentales de que había sido objeto, exhibía más de cuatro años de retardo injustificado (n.º 51).

La Comisión Interamericana declaró admisible el caso y abrió un plazo de dos meses para que los peticionarios presentaran sus alegatos de fondo, ofreciendo también sus buenos oficios para el logro de una solución amistosa. Mientras tanto, la Fiscal Sexta dictó una orden de detención contra Allan Brewer-Carías a fin de que fuera localizado por la Interpol y se procediera a su extradición una vez capturado.

El Estado, por su parte, centró sus argumentos contrarios a la petición formulada por la defensa en la "grave alteración del orden constitucional en Venezuela", según resoluciones adoptadas por el Consejo Permanente y por la Asamblea General de la OEA. Asimismo, adujo que la supuesta falta de resolución del recurso de nulidad deducido por Allan Brewer-Carías se debió exclu-

[10] Artículo 25. Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención. Aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados se comprometen: a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

[11] Garro (2016), p. 31.

sivamente a la circunstancia de falta de comparecencia personal del recurrente, lo que relacionó con la negativa de aquel de someterse a la persecución penal. Sería ese mismo estado de "rebeldía jurídica" el que le habría hecho perder la posibilidad de que se aplicara, en su favor, el decreto ley de amnistía del año 2007.

El 3 de noviembre de 2011, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobó el informe de fondo 171/11, concluyendo que el Estado de Venezuela era responsable de la violación de los derechos reconocidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con sus artículos 1.1 y 2, en perjuicio de Allan R. Brewer-Carías[12]. Sobre esa base recomendó al Estado venezolano que, en el proceso penal en contra de aquel, se pusieran en práctica las condiciones necesarias para asegurar que la causa fuera llevada conforme a las garantías y estándares de dichas normas de la Convención.

El 7 de marzo de 2012, la Comisión sometió el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, motivada en:

> "La necesidad de obtención de justicia para la víctima, debido a la naturaleza y gravedad de las violaciones comprobadas, y ante el incumplimiento de las recomendaciones por parte del Estado"[13].

Con fecha 26 de mayo de 2014, la Corte acoge la excepción preliminar hecha valer por Venezuela sosteniendo:

> "La supuesta víctima no ha interpuesto ni agotado los recursos establecidos en la legislación venezolana, para hacer valer sus pretensiones y obtener el amparo judicial de los derechos que considera le estaban siendo vulnerados14".

Al respecto, la Corte recordó:

> "La regla del previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido la ocasión de remediarlos con sus propios medios".

Agregó:

> "Ello significa que no solo deben existir formalmente esos recursos, sino también deben ser adecuados y efectivos, como resulta de las excepciones contempladas en el artículo 46.2 de la Convención"[15].

[12] Ayala (2022), p. 16.
[13] *Ibid.*
[14] Considerando 17.
[15] Considerando 83.

Y que, de acuerdo con la carga de la prueba aplicable a la materia, "el Estado que alega el no agotamiento debe señalar los recursos internos que deben agotarse y proporcionar la prueba de su efectividad"[16].

Con todo, la Corte sienta su criterio definitivo en el considerando 96 de la sentencia que se recuerda:

> "[...] en el presente caso [...], el proceso en contra del señor Brewer Carías se encuentra todavía en la fase intermedia, por cuanto la audiencia preliminar no se ha llevado a cabo y no se ha dado, entonces, inicio al juicio oral, por lo que el Tribunal constata que el proceso penal se encuentra en *una etapa temprana*. Lo anterior conlleva que no es posible analizar el impacto negativo que una decisión pueda tener si ocurre en etapas tempranas, cuando estas decisiones pueden ser subsanadas o corregidas por medio de los recursos o acciones que se estipulen en el ordenamiento interno." (Énfasis agregado).

Ante la circunstancia indubitable de que si Allan Brewer-Carías comparecía personalmente ante los tribunales venezolanos para asegurar su debida defensa, iba a ser detenido a raíz de la orden de captura que se había decretado en su contra, la Corte argumentó:

> "La misma prisión preventiva, que sólo puede ser admitida excepcionalmente, tiene entre uno de sus fines más importantes asegurar la comparecencia del imputado en juicio, de forma a (sic) garantizar la jurisdicción penal y contribuye a combatir la impunidad"[17].

En conclusión, la sentencia de la Corte Interamericana niega la posibilidad de continuar con el examen de fondo del asunto, debido a que:

> "Considera que en el presente caso no fueron agotados los recursos idóneos y efectivos, y que no procedían las excepciones al requisito de previo agotamiento de dichos recursos"[18].

El voto conjunto disidente de los jueces Manuel Ventura Robles y Eduardo Ferrer MacGregor argumentó que las consideraciones de la sentencia se apartaban de la línea jurisprudencial sentada por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, al tiempo que constituían un peligroso precedente para el sistema interamericano de protección de los derechos humanos en su integralidad en detrimento del derecho de acceso a la justicia y la persona humana.

[16] Considerando 84.
[17] Considerando 134.
[18] Considerando 144.

Es así como los disidentes estiman que el Estado no precisó, en el momento procesal oportuno, esto es, en la fase de admisibilidad ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, si los recursos de nulidad deducidos por la defensa de Allan Brewer-Carías eran los adecuados, idóneos y efectivos para haber apreciado, con fundamento, si se había producido el agotamiento de los recursos internos ante el Estado.

Del mismo modo, el voto disidente llama la atención sobre la utilización, por primera vez, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana del criterio de la "etapa temprana" del juzgamiento, que fue determinante en el razonamiento del voto mayoritario para impedir el pronunciamiento de fondo en el caso Allan Brewer-Carías. Expresaron los autores del voto:

> "Aceptar que en las 'etapas tempranas' del procedimiento no puede determinarse alguna violación (porque eventualmente puedan ser remediadas en etapas posteriores) crea un precedente que implicaría graduar la gravedad de las violaciones atendiendo a la etapa del procedimiento en que se encuentre; más aún cuando es el propio Estado el que ha causado que no se hayan agotado los recursos internos en el presente caso [...]"[19].

Por lo demás, este mismo voto se mostró contrario a la tesis de separar las cuestiones de admisibilidad planteadas por la vía de las excepciones preliminares del juzgamiento de fondo, pues en el primer examen, inevitablemente, debían considerarse aspectos claves del debido proceso legal como el derecho al juzgamiento dentro de un plazo razonable y el derecho de acceso al recurso, entre otros.

Como *obiter dicta*, pero no menos importante, los jueces disidentes estiman que, al no entrar la Corte al pronunciamiento de fondo, se impidió considerar la violación del derecho a ejercer la profesión de abogado que, en el caso de Allan Brewer Carías, se había traducido en atender una consulta profesional.

IV. El dictamen del Consejo de Derechos Humanos de la ONU: el restablecimiento de la justicia.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU tiene su origen en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del año 1966. Fue creado con la misión principal de supervisar su aplicación. Está compuesto por dieciocho miembros que deben ser nacionales de los Estados partes y personas de

[19] Considerando 56 del voto conjunto disidente.

gran integridad moral, con reconocida competencia en materia de derechos humanos. Son elegidos en una reunión de los Estados partes convocada por el secretario general de la ONU que se lleva a cabo en la sede de la Organización exigiéndose un quórum de los dos tercios de dichos Estados para su instalación.

El Comité evalúa los informes periódicos –por regla general, cada cuatro años– que presentan los Estados partes respecto del cumplimiento de los derechos asegurados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Del mismo modo, y conforme al artículo 41 del mismo instrumento, el Comité puede conocer de las comunicaciones en que un Estado que ha reconocido su competencia alegue que otro Estado no cumple con las obligaciones que le impone el Pacto.

El Primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1976, contempló, en su artículo 1.°, la posibilidad de que el Comité de Derechos Humanos pudiera recibir comunicaciones individuales, al disponer:

> "Todo Estado Parte en el Pacto que llegue a ser parte en el presente Protocolo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. El Comité no recibirá ninguna comunicación que concierna a un Estado Parte en el Pacto que no sea parte en el presente Protocolo".

El artículo 2.° del Protocolo establece la regla del agotamiento de los recursos internos disponibles antes de someter al Comité una comunicación escrita[20].

La decisión de recurrir al Comité de Derechos Humanos de la ONU se encuentra explicada por Carlos Ayala Corao partiendo de la premisa de que "una sentencia que no hace justicia frente a una injusticia es una sentencia que se convierte en injusta"[21].

Así, refiere que, en principio, la posibilidad de llevar un caso ya fallado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU parecía imposible al tenor de lo dispuesto en el artículo 5.2 a) de la versión en español del Protocolo Facultativo del Pacto Internacio-

[20] Artículo 2. "Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 1, todo individuo que alegue una violación de cualquiera de sus derechos enumerados en el Pacto y que haya agotado todos los recursos internos disponibles podrá someter a la consideración del Comité una comunicación escrita".

[21] Ayala (2022), p. 20.

nal de Derechos Civiles y Políticos. Dicha norma establece que el Comité no examinará ninguna comunicación de un individuo, a menos que se haya cerciorado de que el mismo asunto "no haya sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales". Pero luego agrega que, examinadas las versiones en inglés y en francés del mismo artículo del Protocolo podía comprobarse que lo que el artículo 5.2 a) impedía era examinar comunicaciones de un individuo, a menos que se haya cerciorado que el mismo asunto "no está siendo examinado" por otro procedimiento de examen o arreglo internacionales. De esta manera, una vez que hubiere sido examinado el caso por ese otro procedimiento internacional, sí se podía acudir al Comité. Esta conclusión también se veía refrendada por las versiones del Protocolo Facultativo en los idiomas árabe, ruso y chino, todas las cuales diferían de la versión en español y también de los trabajos preparatorios[22].

Cabe recordar que, según lo dispone el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados:

> "Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable".

Por otra parte, decisivo resultó ser, para el caso Brewer-Carías, el pronunciamiento del Comité de Derechos Humanos de la ONU en el asunto Rafael Rodríguez Castañeda contra México[23], en el que, por primera vez, el Comité aceptó su competencia y se pronunció sobre un caso declarado previamente inadmisible por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el que constató que la versión en español del artículo 5 a) del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos presentaba diferencias respecto de versiones del mismo en otros idiomas. Ello hacía necesario, a juicio del Comité, acudir a la regla interpretativa contenida en el artículo 33, párrafo 4, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en orden a adoptar el significado que mejor reconciliara los textos auténticos con el objetivo y propósito del tratado. Así, acorde con las otras versiones idiomáticas del tratado la interpretación de la norma solo podía ser la de impedir que una comunicación individual fuera examinada por el Comité si "estaba siendo examinado" el mismo asunto por otro procedimiento internacional, de modo que si dicho procedimiento había concluido con una

[22] Ayala (2022), p. 21.

[23] Comunicación 2202/2012. Dictamen de 18 de julio de 2013. 108° periodo de sesiones.

declaración de inadmisibilidad –como ocurría en este caso– nada impedía que pudiera pronunciarse.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos sostuvo que, respecto a la falta de agotamiento de los recursos idóneos y efectivos en el orden interno, alegada por el Estado venezolano en el caso del jurista Allan Brewer-Carías, tal examen se encontraba muy vinculado a los aspectos de fondo del pronunciamiento solicitado, lo que también debía ser considerado para efectos de decidir la admisibilidad de la petición individual.

En definitiva, el Comité declaró admisible la solicitud de Allan Brewer-Carías en relación con el artículo 14, párrafos 1 (igualdad ante los tribunales y cortes de justicia), 2 (presunción de inocencia), 3 b) (disponer del tiempo y medios adecuados para la defensa) y e) (interrogación y comparecencia de testigos), así como con el artículo 2, párrafo 3 (garantía de un recurso efectivo), leído junto con el artículo 14, párrafo 1 (igualdad ante los tribunales y cortes de justicia) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En lo que se refiere al pronunciamiento de fondo del Comité de Derechos Humanos, sus principales argumentos pueden sintetizarse como sigue:

1) Se acreditó la infracción a la garantía de un tribunal independiente estimándose vulnerado el artículo 14, párrafo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En concreto, se observó que los nombramientos de fiscales y jueces que intervinieron en el proceso contra Allan Brewer-Carías fueron temporales y provisorios y que, además, no observaron la excepcionalidad y limitación en el tiempo que deben tener ese tipo de funcionarios, todo lo cual no pudo ser desvirtuado por el Estado de Venezuela (considerando 9.2).
2) Se constató, además, una transgresión al principio de la presunción de inocencia garantizado en el artículo 14, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Lo anterior debido a que, a juicio del Comité, diversas autoridades venezolanas emitieron declaraciones públicas que declaraban culpable a Allan Brewer-Carías del delito por el cual se lo había procesado antes de que existiera sentencia alguna que declarara su responsabilidad penal (considerandos 9.4 y 9.5)24.
3) Se verificó, asimismo, una violación del artículo 2, párrafo 3 del Pacto aludido, leído junto con el artículo 14, párrafo 1 del mismo. El Comité dejó constancia que los dos recursos de nulidad interpuestos por

[24] Esta conclusión fue refutada en el voto disidente del miembro del Comité, José Santos Pais, para quien no se logró acreditar la violación, por el Estado parte, del artículo 14 (2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la etapa preliminar de un procedimiento criminal como el de la especie.

el afectado nunca recibieron respuesta dejándolo en estado de indefensión (considerando 9.7). Del mismo modo, consideró que Allan Brewer-Carías había acreditado un temor fundado a estar sometido a un proceso penal arbitrario, violatorio de sus derechos y garantías, y al severo agravamiento de dichas violaciones, en caso de someterse a la prisión preventiva en su contra, cuestiones todas que fueron debida y reiteradamente presentadas a las autoridades judiciales encargadas de velar por su derecho al debido proceso (considerando 9.8).

El Comité desechó, sin embargo, las alegaciones referidas a la vulneración del artículo 14, párrafo 3 b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto al derecho a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de la defensa, que incluye:

> "El acceso a todos los materiales que la acusación tenga previsto presentar ante el tribunal contra el acusado o que constituyan pruebas de descargo".

El Comité constató, en este sentido, que el acusado sí pudo revisar el expediente y transcribir manualmente sus documentos[25] y que el momento procesal para controlar las pruebas estaba constituido por la audiencia preliminar y el juicio. Por lo mismo, dada la temprana etapa procesal de este, no pudo constatar que se hubiera vulnerado el derecho a presentar testigos y a contrainterrogar a los que presentara la parte acusadora descartando también una violación al artículo 14 párrafo 3 e) del Pacto.

Es importante consignar que la naturaleza de los dictámenes que emite el Comité de Derechos Humanos de la ONU de conformidad con el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es la de una "recomendación" que no reviste carácter jurisdiccional. Ello se desprende de lo consignado en su artículo 5 n.º 4, que señala: "El Comité presentará sus observaciones al Estado parte interesado y al individuo". Pero no debe olvidarse que el artículo 6 del mismo Protocolo encarga al Comité presentar un informe anual que resume sus actividades, lo que le da visibilidad a la respuesta que entregue a las comunicaciones individuales que recibe, en todo el sistema de la ONU. Lo anterior, sin perjuicio de los comunicados informativos que realiza la Oficina del Alto Comisionado de la ONU, en su

[25] Este aspecto del dictamen del Comité de Derechos Humanos contó con la disidencia parcial de sus miembros Arif Bulkan y Héléne Tigroudja por estimar que el razonamiento mayoritario contradice una jurisprudencia internacional ya asentada. Del mismo modo, este punto del dictamen contó con la disidencia individual de Vasilka Sancin, quien enfatizó, en su voto, que las inadecuadas facilidades para la preparación de la defensa impactaron, negativamente, en el principio de igualdad de armas.

página Web, en relación con las resoluciones más relevantes del Comité, tal como ha ocurrido en el caso analizado en el presente artículo.

A pesar del carácter "no obligatorio" de los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la ONU conviene hacer notar que, en el caso que afectó a Allan Brewer-Carías, dicho órgano declaró:

1) El Estado venezolano tenía la obligación de proporcionar al autor de la comunicación un recurso efectivo que proveyera a una reparación integral de sus derechos. Así, dispuso al Estado parte:
   a) declarar la nulidad del proceso contra el autor, dejando sin efecto la orden de detención preventiva contra este;
   b) en caso de iniciarse un nuevo proceso contra el autor, asegurar que este cumpliera todas las garantías del debido proceso previstas en el artículo 14 del Pacto y con acceso a recursos efectivos de conformidad con el artículo 2, párrafo 3 y
   c) conceder al autor una indemnización adecuada. Agregó que el Estado parte tenía también la obligación de evitar que se cometieran violaciones semejantes en el futuro (considerando 11).
2) El Comité, asimismo, expresó su deseo de recibir del Estado parte, dentro de un plazo de ciento ochenta días, información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el presente dictamen, sin perjuicio de publicarlo y darle amplia difusión.

A modo de conclusión de este acápite, puede decirse que, efectivamente, se hizo justicia, porque al impedir la Corte Interamericana de Derechos Humanos entrar al análisis del fondo de la denuncia planteada por la Comisión Interamericana en favor de Allan Brewer-Carías, no se pudo constatar la efectividad de graves vulneraciones, por parte de Venezuela, al derecho al debido proceso garantizado en un instrumento del derecho universal de los derechos humanos (el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) como en un tratado de carácter regional (la Convención Americana de Derechos Humanos). De esta forma, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, aunque carente del imperio de un órgano jurisdiccional, reparó la injusticia cometida por la Corte Interamericana al desconocer su propia jurisprudencia, tal y como quedó en evidencia en los votos disidentes de la sentencia pronunciada el 26 de mayo de 2014.

Queda la duda, por cierto, acerca de si este mismo camino se le habría abierto a cualquier otro nacional de un Estado parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que no hubiera tenido el prestigio ni la asesoría jurídica tan contundente de que gozó Allan Brewer-Carías.

V. Relevancia del dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU en relación con el derecho al debido proceso legal

La doctrina está conteste en atribuir el origen del debido proceso legal a la Carta Magna de 121526 que estableció:

> "Ninguna persona, cualquiera sea su estamento o condición, será privada de su tierra, ni de su libertad, ni desheredado, ni sometido a pena de muerte, sin que antes responda a los cargos en un debido proceso legal".

El debido proceso legal o *due process of law* se fue desarrollando como un derecho base o estructural para lograr la eficacia de los demás derechos fundamentales. Es decir, sin garantías adecuadas a la hora de enfrentar un procedimiento que comprometa nuestros derechos, estos difícilmente podrán obtener adecuada protección. Del mismo modo, el debido proceso legal se erige como un importante freno a la arbitrariedad y hace realidad el sentido de la función de los jueces como guardianes de los derechos y libertades de las personas[27].

La importancia del debido proceso legal –entendido como una verdadera "macro garantía"– ha llevado a distinguir dos dimensiones dentro de su contenido:

a) La dimensión procesal o adjetiva que alude al cumplimiento de ciertos recaudos formales, de trámite y de procedimiento, para llegar a una solución judicial mediante la sentencia y
b) La dimensión sustantiva que se refiere a la necesidad de que las sentencias sean valiosas en sí mismas o razonables[28].

Por su parte, nuestra jurisprudencia constitucional, siguiendo la línea inaugurada por las Constituciones posteriores al término de la Segunda Guerra Mundial y, en particular, la de España, ha ido avanzando en la distinción entre los conceptos de "tutela judicial efectiva" y "debido proceso legal". El primero se identifica, ampliamente, con el derecho a la acción o derecho de acceso a la jurisdicción, mientras que el segundo tiene que ver con las garantías procesales y sustantivas que deben observarse una vez que el procedimiento se está desarrollando. En este sentido, en sentencia de 1 de septiembre de 2015, el Tribunal Constitucional chileno indicó:

> "Que la propia jurisprudencia del Tribunal [...] ha diferenciado entre el derecho a la tutela o protección judicial efectiva y el derecho al de-

[26] Gozaíni (2002) y Landa (2002).
[27] Comisión de Venecia (2010), p. 4.
[28] Landa (2002) citando a Néstor Pedro Sagüés.

> bido proceso. Esta distinción se basa en una frontera móvil que se traza entre los elementos externos y estructurantes de un proceso, respecto de las garantías de racionalidad y justicia, con los cuales se desenvuelve un procedimiento o investigación una vez que se accede al mismo, Por lo tanto, la tutela judicial se da en el plano de un derecho prestacional ante el Estado a que se responda de las pretensiones de derechos e intereses legítimos que se hacen valer ante la justicia. Por el contrario, los principios que gobiernan el debido proceso se satisfacen al interior de un procedimiento [...]"[29].

De esta manera, existe una interrelación muy importante entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho al debido proceso legal, ya que el segundo no tendrá sentido si, de una u otra forma, se ha impedido el acceso a la justicia o se ha visto frustrado el ejercicio del derecho a la acción que es una manifestación de un derecho más amplio como es el derecho de petición.

Es así como llevando esta reflexión al ámbito del derecho interamericano, podemos concordar con Cancado Trindade en el sentido de que:

> "Sin el acceso a la justicia no hay un verdadero Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención Americana de Derechos Humanos"[30].

La importancia que el mismo autor atribuye a la posibilidad de activar la jurisdicción de los tribunales, en este caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo lleva a afirmar, incluso, que este derecho debiera formar parte del contenido material del *ius cogens*[31], esto es, de aquellos principios unánimemente compartidos por las naciones civilizadas que no admiten pacto en contrario[32].

Ahora bien, el sentido del derecho a la tutela judicial efectiva –que también es compartido por el derecho al debido proceso legal– apunta a evitar la indefensión. Siguiendo las precisiones efectuadas por el Tribunal Constitucional español a partir del artículo 24 de la Carta de 1978, se trata de sancionar:

---

[29] Considerando 10°.

[30] Cancado (2008), p. 61.

[31] *Op. cit.*, p. 68.

[32] El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, señala: "Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".

> "[…] sin paliativos la prohibición de indefensión, como fundamento de una obligación que tiene como destinatario a los órganos de la jurisdicción ordinaria, quienes deben velar en todo momento para que exista un equilibrio en las posibilidades de defensa de las partes que actúan en el litigio. Al mismo tiempo, y en sentido positivo, se trata de un principio desde el que se llega a configurar un derecho subjetivo que se puede hacer valer en todas las fases del procedimiento, cuando no se respeta lo que el TC ha denominado "el derecho de defensa contradictoria" (STC 13/2006), es decir, la posibilidad de utilizar todos los mecanismos y armas procesales que otorga el ordenamiento a los contendientes judiciales"[33].

Teniendo presentes las precisiones previas es posible analizar el dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU en el caso de Allan Brewer-Carías desde el punto de vista del estado de indefensión que se produjo respecto de la víctima. Para este análisis se reproducirá, en plenitud, el razonamiento contenido en el punto 9.8 del dictamen del Comité:

> "En el presente caso, el Comité destaca el especial contexto que enmarca la situación de contumacia del autor. Dicho contexto incluye que el autor estuvo altamente involucrado en el proceso penal en su contra (incluyendo su asistencia personal a tomar notas de su expediente); ejerció una debida diligencia durante la fase preliminar de la investigación, interponiendo diversos recursos que cuestionaban la prueba existente en su contra y ofrecían prueba a su favor; salió legalmente del territorio del Estado parte; interpuso un recurso de nulidad previo a la solicitud de acusación formal de la Fiscalía; e interpuso un segundo recurso de nulidad previo a la acusación formal del Juez que contenía el establecimiento de la prisión preventiva. El Comité considera que el autor ha acreditado un temor fundado a estar sometido a un proceso penal arbitrario, violatorio de sus derechos y garantías, y al severo agravamiento de dichas violaciones, en caso de someterse a la prisión preventiva en su contra, *todas cuestiones que fueron debida y reiteradamente presentadas a las autoridades judiciales encargadas de velar por su derecho al debido proceso*. El Comité observa que, en las circunstancias del autor, *un recurso que haga efectivo el derecho a un debido proceso no puede subordinarse a la sujeción a un proceso indebido*. Ello implica que, independientemente de lo que determine el derecho interno, el Estado Parte no puede invocarlo como justificación del incumplimiento de sus obligaciones frente al Pacto. Por ello, y con base en la información que tiene ante sí, el Comité encuentra que *el autor ha sufrido una violación a su derecho a un recurso efectivo respecto a su derecho*

[33] Ruiz-Rico (2013), p. 23.

> *a un debido proceso*, en particular, a acceder a un tribunal independiente, recogido en el artículo 2, párrafo 3, leído conjuntamente con el artículo 14 párrafo 1, del Pacto". (Las cursivas con nuestras).

Del considerando reproducido se aprecia que, en el juzgamiento realizado por el Estado de Venezuela respecto del jurista Allan Brewer Carías, no se respetó el derecho al debido proceso legal. Y la infracción de este derecho fundamental, garantizado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, también, por la Convención Americana de Derechos Humanos, tuvo que ver con un cúmulo de irregularidades ocurridas durante el desarrollo del procedimiento que se vieron agravadas por la alegación del Estado de que el afectado no había agotado los recursos internos existentes en el ordenamiento jurídico venezolano[34].

En este punto cabe reparar en la gravedad del pronunciamiento de inadmisibilidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues en la medida que niega el derecho de acceso a la justicia, basada en una particular interpretación de la regla de falta de agotamiento de los recursos internos, impide el examen de todas aquellas infracciones al debido proceso legal que se habían ido produciendo a lo largo del juzgamiento de Allan Brewer-Carías en Venezuela. Más grave es aún que la Corte haya impedido el juzgamiento de las eventuales infracciones de ese Estado contra los derechos del afectado alegando que el procedimiento se encontraba en una "etapa temprana" que impedía sostener que se hubiesen agotado los recursos internos.

Al respecto, conviene recordar que la regla del agotamiento de los recursos internos como requisito para acceder al sistema interamericano de derechos humanos traduce el criterio de complementariedad de dicho sistema respecto de los sistemas jurídicos internos de los Estados. Como ha sostenido Héctor Faúndez:

> "El sistema interamericano de derechos humanos tiene carácter subsidiario, en el sentido de que entra a operar sólo después de haber hecho uso de los recursos jurisdiccionales locales, sin haber obtenido un remedio para la violación que se alega"[35].

Agrega:

> "Sin embargo, la regla del agotamiento de los recursos internos implica una obligación paralela para los Estados, en cuanto supone la existencia de un aparato judicial que funciona, y que contempla recursos apropiados

[34] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 26 de mayo de 2014 (excepciones preliminares), considerando 17.

[35] Faúndez (2007), p. 43.

> para proteger a las personas en el ejercicio de sus derechos humanos; es la inexistencia de recursos internos efectivos lo que coloca a la víctima en estado de indefensión, y lo que justifica la protección internacional"[36].

En consecuencia, dependiendo de la forma cómo se interprete la regla de la falta de agotamiento de los recursos internos para acceder al sistema interamericano de derechos humanos puede llegar a lesionarse la tutela judicial efectiva o derecho a la acción ante el referido sistema.

En este sentido, aceptar –como lo afirma la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia del año 2014– que la regla del agotamiento de los recursos internos está concebida solo "en interés del Estado"[37] resulta débil e insatisfactorio si no se tiene en cuenta, al mismo tiempo, que el agotamiento de tales recursos tiene por objetivo satisfacer la exigencia que se impone a los Estados partes en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Esta norma asegura, a toda persona, el derecho a un recurso sencillo y, además, rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los tribunales competentes del Estado que la amparen contra la violación de sus derechos fundamentales asegurados por la Constitución, la ley o la misma Convención Americana.

La regla del agotamiento de los recursos internos tiene, entonces, una doble faz. Por un lado, protege al Estado de acciones infundadas y temerarias ante el sistema interamericano que no consideren, debidamente, los recursos existentes en el ordenamiento jurídico nacional transgrediendo la complementariedad que caracteriza a dicho sistema. Por otro lado, garantiza a los habitantes de un Estado parte de la Convención Americana que este se empeñará en diseñar e implementar recursos eficaces para la adecuada protección de sus derechos fundamentales, lo que, por lo demás, es parte de las obligaciones que se desprenden del artículo 2 de la misma Convención, que consagra el deber de adoptar disposiciones de derecho interno tendientes a asegurar el goce efectivo de los derechos y libertades por ella asegurados.

Lo anterior no obsta a que el Estado pueda renunciar a esgrimir la regla del agotamiento de los recursos internos en un caso sometido a la Corte Interamericana como lo hizo Costa Rica en el caso Viviana Gallardo y otras, fallado en el año 1981.

---

[36] Faúndez (2007), p. 43.

[37] Esta tesis había sido desarrollada previamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siguiendo a la Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso Viviana Gallardo y otras vs. Costa Rica donde había afirmado: "Según los principios del derecho internacional generalmente reconocidos y la práctica internacional, la regla que exige el previo agotamiento de los recursos internos, está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido la ocasión de remediarlos por sus propios medios". Decisión de 13 de noviembre de 1981, considerando 26.

En relación con este último aspecto, no debe pensarse que el cumplimiento de la obligación de establecer un recurso sencillo, rápido y efectivo se agota con la consagración, en los ordenamientos jurídicos internos, de la acción de amparo de derechos fundamentales, entre nosotros, el recurso de protección, como lo sugirió la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, en su opinión consultiva n.º 8, de 30 de enero de 1987, referida al *habeas corpus* bajo suspensión de garantías. La misma Corte fue complementando la interpretación del artículo 25 la Convención Americana señalando que también supone establecer un recurso judicial efectivo para proteger los derechos fundamentales, así como estimar que es cofundamento del derecho de acceso a la justicia[38].

Precisando las obligaciones que la regla del agotamiento de los recursos internos hace recaer sobre los Estados, en la sentencia del caso Velásquez Rodríguez[39], la Corte Interamericana había sostenido:

> "La obligación de investigar debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares, o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad".

Por lo demás, si se atiende a lo dispuesto en el artículo 46.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los recursos que deben haberse agotado para que la Corte Interamericana pueda pronunciarse deben ser "adecuados" y "efectivos". Que sean adecuados significa que la función de esos recursos, dentro del sistema de derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. Eficaz o efectivo significa, por su parte, que deben ser capaces de producir el resultado para el que han sido concebidos[40].

Dicho entendimiento de la regla del agotamiento de los recursos internos, unida al derecho a un recurso judicial efectivo, parece ser reivindicada en el dictamen del Comité de Derechos Humanos que se analiza al sostener, en su considerando 8.5 que la cuestión del agotamiento de los recursos internos, alegada por el Estado de Venezuela y acogida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, está "íntimamente vinculada a las alegaciones de fondo". De esta manera, critica, implícitamente, lo resuelto por dicha Corte en su declaración de in-

[38] Garro (2016), p. 302.

[39] Considerando 177.

[40] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, considerandos 64 y 66.

admisibilidad que, basándose en la etapa "temprana" en que se encontraba el procedimiento penal contra Allan Brewer-Carías en Venezuela, dio por acreditado que no se habían agotado, en su caso, los recursos internos de una manera adecuada y efectiva como exige el artículo 46.2 de la Convención Americana.

Específicamente, el considerando 9.7 del dictamen que se comenta toma nota de que el argumento del autor según el cual el único recurso idóneo (el de nulidad o amparo penal, interpuesto en dos ocasiones) nunca recibió respuesta, "dejándolo en estado de indefensión". Del mismo modo, toma nota de que el argumento del Estado parte, según el cual el autor solo ejerció los recursos de la etapa temprana del proceso, quedando pendientes los de la fase preliminar y del juicio, exigían que Allan Brewer-Carías regresara al Estado parte y se sometiera a la prisión preventiva decretada en su contra. Ello, claramente, lo dejaba en una situación de indefensión que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no fue capaz de evitar.

VI. Lecciones de un caso complejo

De lo que se viene señalando se colige que el dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU, de 14 de octubre de 2021, no solo reparó la injusticia material cometida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al declarar inadmisible, por falta de agotamiento de los recursos internos, la acción deducida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en favor del jurista Allan Brewer Carías, impidiendo el pronunciamiento de fondo. Tal dictamen, además, sienta un criterio trascendente para fortalecer el derecho a la tutela judicial efectiva o derecho de acceso a la justicia, en conexión con el derecho a un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo, que consiste en afirmar que un criterio de inadmisibilidad de una acción no puede desligarse del pronunciamiento de fondo si lo que se alega es, precisamente, la indefensión frente al sistema jurisdiccional interno del Estado.

Bibliografía

Ayala Corao, Carlos (2022): "Allan Brewer Carías vs. Venezuela: Los caminos para llegar a la justicia internacional". *Justicia!! al fin, Justicia!!* (Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, Editorial Jurídica Venezolana), n.º de serie: 137, pp. 13-62.

Cancado Trindade, Antonio Augusto (2008): *El derecho de acceso a la justicia en su amplia dimensión* (Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca. Editorial Librotecnia).

CLACSO (Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales) (2002): "Recuento de una semana fatídica para la democracia". *Observatorio Social de América Latina*, n.º 7 (Venezuela).

Faúndez L., Héctor (2007): "El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos", *Revista Interamericana de Derechos Humanos*, n.º 46.

Garro Vargas, Anamari (2016): *El derecho a la protección judicial, Análisis jurisprudencial del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos* (Ciudad de México, Editorial Tirant Lo Blanch).

Gozaíni, Osvaldo (2002): "El debido proceso constitucional. Reglas para el control de los poderes desde la Magistratura Constitucional". *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.º 7 (julio-diciembre).

Landa, César (2002): "El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional". *Pensamiento Constitucional*, año viii, n.º 8 (Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial). Disponible en http://dike.pucp.edu.pe [fecha de consulta: 22 de marzo de 22].

Ruiz-Rico Ruiz, Gerardo (2013): *El derecho a la tutela judicial efectiva. Análisis jurisprudencial* (Valencia, Tirant Lo Blanch).

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional (2015): Rol n.º 2701, 1 de septiembre de 2015.

Comisión de Venecia (2010): "Informe sobre la Independencia del Sistema Judicial". Parte i: La independencia de los jueces (adoptado en la 82ª Sesión Plenaria), (Venecia).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Brewer Carías vs. Venezuela. Sentencia de 26 de mayo de 2014.

Corte Intermaericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988.

OEA.CP/RES. 1164 (2309/2020). Disponible en: oas.org/es/council/CP/documentation/res_decs/ [fecha de consulta: 14 de marzo de 2022].

EL PODER CONSTITUYENTE IMPOPULAR

THE UNPOPULAR CONSTITUENT POWER

Sergio Verdugo[*]

Resumen: La teoría del poder constituyente ha sido objeto de múltiples críticas en la literatura, sin perjuicio de seguir siendo una teoría predominante. Pese a que la versión democrática y más tradicional de dicha teoría, inspirada en las ideas de Emmanuel-Joseph Sieyès y Carl Schmitt, aspira a justificar y describir el poder de dictar una constitución en la autoridad del *pueblo*, en este ensayo argumento que dicha teoría puede conducir a generar resultados impopulares que cuestionan las credenciales democráticas de los procesos constituyentes. Se utilizan ejemplos de la experiencia (todavía inacabada) del proceso constituyente que vive Chile, para ilustrar el modo cómo este problema puede producirse. Inspirado en la crítica que Mila Versteeg ha formulado a teorías como la de los momentos constitucionales de Bruce Ackerman, el autor concluye sugiriendo que los procesos de cambio constitucional que utilizan las recetas de la teoría del poder constituyente, no se eximen del riesgo de generar una suerte de *poder constituyente impopular*.

Palabras claves: Poder constituyente, proceso constituyente, Chile, cambio constitucional

Abstract: The literature has offered several criticisms against the constituent power theory, even though the theory remains predominant. Although the democratic and traditional version of the constituent power theory –typically inspired by the ideas of Sieyès and Schmitt– attempts to justify and describe the power to enact a constitution using the authority of the *people*, in this essay,

[*] Profesor de Derecho Constitucional, Universidad del Desarrollo. Director del Centro de Justicia Constitucional y del Centro de Derecho Regulatorio y Empresa, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Doctor en Derecho, Universidad de Nueva York. Máster en Derecho, Universidad de California, Berkeley. Magíster en Derecho Público, Pontificia. Universidad Católica de Chile. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: sverdugor@udd.cl

Agradezco la colaboración de Marianne Poehls, ayudante de investigación del Centro de Justicia Constitucional de la Universidad del Desarrollo.

I argue that that theory can contribute to producing unpopular outcomes that put into question the democratic credentials of constitution-making processes. The essay uses examples from the ongoing Chilean constitution-making process to illustrate how the problem of an unpopular constitution can occur. Inspired by the criticism that Mila Versteeg has formulated against theories such as Bruce Ackerman's constitutional moments, the author suggests that processes of constitutional change that seek to use the prescriptions of the constituent power theory are not exempt from the risk of generating a sort of *unpopular constituent power*.

Keywords: Constituent power, constitution-making process, Chile, constitutional change

I. Introducción

En un trabajo del año 2014, Mila Versteeg observó decisiones constituyentes de noventa Estados ocurridas entre el año 1981 y 2010, recopilando información obtenida en estudios y encuestas que comparaban dichas decisiones con los valores sociales, culturales y religiosos predominantes en la opinión pública[1]. Luego de analizar la información, concluyó que el vínculo entre el contenido de las normas dictadas por el constituyente y las preferencias populares era débil y, a veces, inexistente. Ello podría deberse, entre otros factores, a que los constituyentes suelen expresar normas o modelos institucionales previamente establecidos e internacionalmente aceptados[2], normalmente promovidos por organizaciones internacionales y expertos[3], aun a costa de alejarse de tradiciones y valores locales. Aunque el constituyente puede declarar estar operando a nombre del "pueblo" (como *We the People*, por ejemplo), dicha declaración sería imprecisa. Además, sugiere que sus datos contradicen teorías constitucionales que intentan explicar o justifican el poder de dictar, modificar o interpretar la constitución en el *pueblo*, y que parece más preciso avanzar hacia una teoría del constitucionalismo impopular (*unpopular constitutionalism*).

Su argumento es provocador y el mismo ha servido para responder las partes explicativas de teorías tan relevantes como aquella que justifica la legitimidad de las Constituciones (y de la justicia constitucional) en momentos ex-

[1] Versteeg (2014).

[2] También, véase Law y Versteeg (2011); Law (2016). Incluso Constituciones autoritarias pueden reflejar modelos preestablecidos. Véase, por ejemplo, Elkins *et al.* (2014); Versteeg and Law (2014).

[3] Por ejemplo, véase Parau (2013).

traordinarios donde el pueblo se manifiesta para darle un sentido distinto a una norma constitucional[4], o aquella que sostiene que la práctica constitucional ha estado (y debe estar) basada en la idea del constitucionalismo popular[5]. Dichas teorías tienen fuertes limitaciones en su dimensión descriptiva y su dimensión normativa (esto es, para justificar una constitución o un poder de dictar una norma constitucional) queda a veces reducida a la construcción de un mito o de una narrativa romántica sobre su origen. No obstante, el artículo de Mila Versteeg no dialoga con las teorías del poder constituyente basadas en autores como Carl Schmitt o Emmanuel Sieyès y sus críticas aparecen dirigidas a las teorías de autores como Bruce Ackerman y Larry Kramer. Ello puede deberse, entre otros motivos, a que las teorías del poder constituyente no son tan populares en la academia angloamericana. En este ensayo, argumento que la crítica que Mila Versteeg realiza a aquellas teorías constitucionales que explican o justifican sus premisas en el poder del pueblo para redactar una nueva Constitución, como las de Bruce Ackerman o Larry Kramer, también pueden extenderse a la teoría del poder constituyente en su versión clásica y democrática.

En síntesis, y sin perjuicio de que la teoría del poder constituyente tiene muchas versiones[6] y de que el significado de la expresión ha sido redefinido muchas veces sin una mayor consistencia[7], la versión clásica y democrática del poder constituyente sostiene que el poder de dictar o reemplazar una Constitución le pertenece al *pueblo*. Aunque dicha versión suele conectarse intelectualmente con el conocido panfleto "Qué es el Tercer Estado" de Emmanuel Sieyès[8], la misma obedece al modo como Carl Schmitt interpretó al académico francés. Ambos autores tenían diferencias significativas (el ensayista galo, por ejemplo, creía que el derecho natural limitaba al poder constituyente[9] y que la idea de poder constituyente era más moderada que la idea de soberanía[10]), pero la versión predominante suele interpretar al

[4] Entre otras, véase la teoría de Bruce Ackerman en *We the People*. Ackerman (1991, 2000, 2014). Para algunas refutaciones más precisas a la teoría de Bruce Ackerman, véase Klarman (1992); Barnett (2014).

[5] Véase, por ejemplo, Kramer (2004); Tushnet (2008). Aunque Mila Versteeg no los cita, la crítica podría ser utilizada para otros trabajos que forman parte de la tradición del constitucionalismo popular. Véase también Parker (1993); Post and Siegel (2004); Tushnet (2006, 2020). Véanse algunas críticas a estos autores en Chemerinsky (2004); Alexander and Solum (2005).

[6] Joel Colón-Ríos, por ejemplo, distingue cinco versiones. Véase Colón-Ríos (2014). Véase una clasificación de las distintas aproximaciones en Loughlin (2014).

[7] Rubinelli (2020).

[8] He seguido una versión en inglés: Sièyes (2014).

[9] Fasel (en prensa). También, Colón-Ríos (2014).

[10] Véase Rubinelli (2019). El trabajo de Emmanuel Sieyes también incluye mecanismos institucionales que son inaceptables para la teoría schmittiana, como ocurre con el jurado constitucional a cargo de ejercer una especie de control constitucional. Véase Goldoni (2012).

Conde de acuerdo con los postulados de Carl Schmitt, quien utilizó las ideas de Emmanuel Sieyès de manera selectiva y oportunista[11].

Para la versión clásica de la teoría del poder constituyente, el pueblo es entendido como un actor externo al sistema de fuentes del derecho, que se manifiesta de manera extraordinaria y que no necesita seguir canales instituciones ni respetar límites sustantivos[12]. En dicha manifestación, el pueblo es una entidad única que posee una voluntad unitaria[13], y que toma decisiones concretas sobre el modo y forma que debe adoptar su existencia política[14], situándose por sobre y más allá de la Constitución[15]. Aunque el jurista alemán se inclina porque sea el jefe del Poder Ejecutivo quien tenga que representar al pueblo de manera más eficaz (cuestión que no es pacífica desde una perspectiva democrática), la teoría clásica se basa en una comprensión del teórico político, que asocia la idea de pueblo a un ente colectivo y representativo que puede adoptar la forma de una asamblea constituyente o convención constitucional. Sin embargo, es importante tener presente que, para la teoría clásica del poder constituyente, de existir procedimientos y límites, ellos no son legalmente relevantes porque el poder constituyente no puede ser caracterizado como lícito ni ilícito. Si el poder constituyente sigue ciertos procedimientos y respeta ciertos límites, es porque así lo decidió. De este modo, el pueblo es un actor prejurídico[16] que posee un poder ilimitado y que no desaparece una vez que se dicta la Constitución[17]. Se asume que el pueblo puede manifestarse nuevamente cuando así lo decida. Aunque es posible que el derecho intente regular al poder constituyente, y que existen buenos motivos para sostener que el poder constituyente y el derecho tienen una relación más estrecha que la que la literatura suele reconocer[18], de acuerdo con la versión clásica de la teoría, dicho intento no logrará dominar al pueblo en contra de su voluntad[19].

[11] Sobre el modo como Carl Schmitt recogió el trabajo de Emmanuel Sieyès, véase Rubinelli (2020).

[12] Aparentemente, en principio, Carl Schmitt no creía en la posibilidad de un poder constituyente democrático, aunque luego cambiaría de opinión al analizar el origen de la Constitución de Weimar. Véase Cristi (1997)

[13] Véase Loughlin (2014), pp. 221-224.

[14] Véase, por ejemplo, Schmitt (2008), p. 125.

[15] Schmitt (2008), pp. 125-126. También, véase Wittrock (2020).

[16] Véase, por ejemplo, Schmitt (2008), p. 166. También, Böckenförde (2017), p. 169.

[17] Véase la explicación de Cristi (1997), p. 198.

[18] Véase Colón-Ríos (2020).

[19] Por supuesto, otras versiones no clásicas de la teoría pueden conducir a conclusiones diferentes. No obstante, este trabajo solamente se centra en la teoría clásica y democrática, por ser la más extendida en Latinoamérica. Véase un ejemplo de un modo alternativo en algunos trabajos que teorizan sobre la base del pensamiento de Jean-Jacques Rousseau. Colón-Ríos (2016a) o de Maquiavelo Lucchese (2017).

La teoría del poder constituyente posee dos dimensiones. Primero, una *normativa*, que intenta *justificar* la Constitución. Segundo, una *descriptiva*, que persigue identificar y caracterizar el modo cómo el pueblo dictó la Constitución. Como explicaré en la segunda sección, ambas dimensiones poseen problemas importantes. La observación que sostiene que el poder constituyente no siempre es capaz de producir resultados populares puede servir para atacar ambas dimensiones. Desde una perspectiva puramente descriptiva, se rechaza la idea de que el poder constituyente pueda explicar el modo cómo el pueblo se expresa. Desde una perspectiva normativa, al separar la idea del pueblo del proceso constituyente, la justificación democrática que ofrece la teoría del poder constituyente se hace más débil.

El argumento central de este ensayo es que dichos ataques pueden hacer que la teoría del poder constituyente dé paso a una teoría del poder constituyente impopular. Como la teoría del poder constituyente asume una noción radical que tiene por objetivo desmantelar las instituciones vigentes, refundar el Estado y revisar la totalidad de las normas constitucionales, incluyendo un debate sobre la constitucionalización de áreas que previamente eran de libre disposición por parte del legislador ordinario, la utilización de la teoría puede exceder un mandato popular más acotado. Es posible que las demandas sociales y la opinión pública vayan en una dirección específica (por ejemplo, la protección del derecho a la salud y a la seguridad social) y que la operación práctica del órgano constituyente, al invocar una teoría tan radical como la del poder constituyente, pueda utilizar la oportunidad para revisar otras cuestiones respecto de las cuales existen consensos sociales más débiles o posiciones mayoritarias más difusas. Este hecho plantea un desafío normativo importante a la teoría del poder constituyente, en tanto la misma no entrega categorías de análisis que permitan hacer las distinciones al órgano constituyente.

La siguiente sección examinará el modo cómo la literatura constitucional y los jueces constitucionales han importado la idea del poder constituyente sin prestar mayor atención a las críticas. Utilizaré dos ejemplos de debates político-constitucionales que han tenido lugar en Latinoamérica. El primero se asocia al proceso constituyente de Ecuador (2007-2008) y el segundo al chileno (2020-2022). Luego, ofreceré una síntesis de los problemas que la literatura latinoamericana suele eludir o ignorar, haciendo énfasis en la manera cómo la teoría del poder constituyente ignora los contenidos impopulares. A continuación, examinaré la idea del poder constituyente impopular en Chile. Como el proceso constituyente chileno todavía no finaliza (escribo este ensayo en abril y mayo del año 2022, en circunstancias que el plebiscito confirmatorio del proceso tendrá lugar en septiembre del mismo año), las conclusiones de este ensayo son preliminares. Sin perjuicio de ello, los problemas identificados son ilustrativos del problema que se pretende explicar.

II. El poder constituyente, la literatura constitucional y los jueces constitucionales

El carácter predominante de la teoría clásica del poder constituyente no es un fenómeno exclusivamente latinoamericano, por supuesto. Pese a que en esta región la teoría del poder constituyente parece estar más extendida, es importante tener presente que la teoría clásica es el punto de partida para autores tan importantes como Dieter Grimm[20], Ersnt-Wolfgang Böckenförde[21], Antonio Negri[22] y Andreas Kalyvas[23]. La misma también es invocada por autores como Yaniv Roznai para defender la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales[24], aunque dicha doctrina ha sido objeto de múltiples críticas. No debe sorprendernos, entonces, que autores como Oran Doyle denominen a la teoría como "perspectiva predominante"[25], que Rosalind Dixon y David Landau la llamen como "entendimiento clásico"[26], y que Richard Albert se refiera a ella como "dominante"[27].

Como ya lo adelantaba, la teoría clásica del poder constituyente se ha extendido en Latinoamérica, aunque esta expansión a veces aparece algo gruesa y se sostiene en ideas promovidas por una literatura europea que hoy varios identificarían como obsoleta o desactualizada. Así, por ejemplo, muchos autores de esta región interpretan a Emmanuel Sieyès a través de Carl Schmitt, o los tratan como si fueran exponentes de la misma tesis, a veces sin distinguir sus versiones normativas y descriptivas[28]. A veces, los autores omiten citar a Carl Schmitt y a Emmanuel Sieyès, y se limitan a citar manuales que describen la teoría en términos genéricos[29], o no citan a nadie[30].

Los jueces constitucionales latinoamericanos también han expandido el uso de la teoría clásica del poder constituyente, aunque con objetivos dife-

[20] Grimm (2010).

[21] Böckenförde (1997) y 2017).

[22] Negri (1999) y (2015).

[23] Kalyvas (2005).

[24] Roznai (2013) y (2017).

[25] Dixon and Landau (2015); Poehls and Verdugo (2022); Ferreres (en prensa); Doyle (2019).

[26] Dixon and Landau (2021), p. 50.

[27] Albert (2019), p. 72.

[28] Véanse algunos ejemplos en Latinoamérica: Bassa (2008); Nogueira (2009); Gutierrez (2017). También, aunque con un análisis más sofisticado, véase Marshall (2010).

[29] Véase un ejemplo de autores ecuatorianos en Venegas y Hernández (2019).

[30] Véase, por ejemplo, el modo como Fernando Atria usa la teoría del poder constituyente desde la publicación de su libro *La Constitución tramposa*, contrastando con sus primeros trabajos donde explícitamente usaba la tesis de Carl Schmitt. Compárese Atria (2006) y (2013); Atria *et al.* (2017); Atria (2020). En realidad, Fernando Atria nunca dejó de usar la perspectiva schmittiana. Simplemente dejó de citar a Carl Schmitt.

renciados y a menudo contradictorios. La teoría del poder constituyente se ha utilizado para justificar la doctrina de la inconstitucionalidad de la reforma constitucional[31], otras veces para restringir el llamado a una asamblea constituyente[32], para declarar la inconstitucionalidad de una norma constitucional vigente[33], para permitir reformas constitucionales relevantes[34], para evitar cuestionar la legitimidad de una Constitución vigente y[35], en ocasiones, para atacar los límites legales que impedirían u obstaculizarían el llamado a una asamblea constituyente[36], entre otros[37]. En ocasiones, los jueces constitucionales han citado explícitamente a Carl Schmitt[38], como ha ocurrido en Colombia[39] y en Venezuela[40].

Lamentablemente, es frecuente ver que el debate constitucional en Latinoamérica opera influido por las categorías del poder constituyente y poder constituido, o del poder originario y poder derivado, las que se suelen atribuir a la teoría clásica. Mediante dicha distinción, los actores pertinentes asumen que el poder constituyente (originario) posee facultades ilimitadas por estar radicado en un pueblo preexistente que opera como actor externo al sistema de fuentes, mientras que el poder constituido (derivado) estaría obligado a respetar límites sustantivos y procedimentales por ser ejercido mediante órganos políticos diferentes al pueblo. Normalmente estas categorías son presentadas sin mayores matices y sin reparar en los problemas que explicaré en la sección siguiente.

De estas distinciones no se sigue, por supuesto, que no existan excepciones interesantes de académicos que utilizan las categorías schmittianas

[31] Corte Constitucional de Colombia (2010): C-141-10, 26 de febrero de 2006; Tribunal Constitucional de Chile (2020): Rol 9797-2020, 30 de diciembre de 2020. También, véase Poehls y Verdugo (2022).

[32] Corte Constitucional de Ecuador (2021): 5-20-RC, 23 de junio de 2021.

[33] Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia (2017): 0084/2017, 28 de noviembre de 2017.

[34] Tribunal Constitucional de Chile (1973): Rol 15-1973, 30 de mayo de 1973. También, ver Verdugo (2017).

[35] Tribunal Constitucional de Chile (1987): Rol 46-1987, 27 de marzo de 1987. También, véase Verdugo (2019b).

[36] Tribunal Constitucional de Ecuador (2008): 43-07-TC, 3 de marzo de 2008.

[37] Véanse ejemplos adicionales de Perú y El Salvador en: Suprema Corte de El Salvador (2021): 1-2021, 3 de septiembre de 2021; Tribunal Constitucional de Perú (2021): 890-2021, 6 de abril de 2021.

[38] Colón-Ríos (2011a).

[39] Sobre el caso colombiano existe mucha literatura. Véase, por ejemplo, Ramírez (2003); Cajas-Sarria (2017).

[40] Corte Suprema de Justicia de Venezuela (1999): 17-1999, 19 de enero de 1999; Corte Constitucional de Colombia (2003): C-551-03, 9 de julio de 2003.

para entender fenómenos políticos contemporáneos. En Chile, por ejemplo, famosa es la discusión entre Fernando Atria y Renato Cristi en torno al significado del golpe de Estado de 1973 y de la reforma constitucional de 1989[41]. El debate también tuvo lugar a propósito del proceso constituyente que impulsaba la ex Presidente de la República, Michelle Bachelet, donde se cuestionó si el Tribunal Constitucional tendría atribuciones para intervenir[42] y algunos autores discutieron respecto de la posibilidad procedimental de utilizar caminos diferentes de los establecidos por la Constitución de 1980 para reemplazar dicha Constitución[43]. Sin perjuicio de lo anterior, son pocos los autores que teorizan sobre el caso chileno utilizando perspectivas alternativas o postsoberanas[44]. En Colombia, los autores han discutido en profundidad los alcances de la teoría de la sustitución[45], observando varios de los problemas que pueden atribuirse a doctrinas jurídicas construidas a partir de la teoría clásica del poder constituyente. No obstante, incluso este tipo de discusión aparece limitada por la incapacidad de la teoría del poder constituyente de proveer de categorías descriptivamente adecuadas y normativamente deseables. El principal problema no es discutir si una acción política puede justificarse o no mediante el uso de la teoría del poder constituyente, sino que aceptar implícitamente las limitaciones de las categorías conceptuales que provienen de dicha teoría. Dichas limitaciones, como se verá en la sección siguiente, son suficientemente serias como para poner en duda la utilidad o necesidad de utilizarla como marco teórico para resolver discusiones político-constitucionales en el ámbito doméstico o, al menos, como para que quienes la invoquen no pretendan que sus argumentos sean conclusivos de dichosde bates.

Existen dos ejemplos relevantes que ilustran el modo cómo las categorías del poder constituyente han influido en la discusión política de un modo demasiado grueso. En ambos casos, los actores aceptan la distinción entre poder constituyente y poder constituido o de poder originario y poder derivado.

El primer ejemplo se relaciona con la asamblea constituyente del año 2007, también llamada "Asamblea Constituyente de Montecristi". Rafael Co-

[41] Compárese Cristi (2000), (2011) y (2014); Atria (2006).

[42] Por ejemplo, Chia (2014); Chia y Quezada (2016).

[43] Atria (2013); Muñoz (2013). También, véase Contreras y Lovera (2015); Contreras *et al.* (2015).

[44] Véanse algunas excepciones en Verdugo (2020); Tschorne (2020); Verdugo y Prieto (2021).

[45] Véase, por ejemplo, Bernal (2013) y (2019); García-Jaramillo y Gnecco-Estrada (2016).

rrea, entonces Presidente de la República, había solicitado una consulta popular para preguntarle al electorado si se aprobaba la instalación de una asamblea constituyente "con plenos poderes", obteniendo el 81 % de aprobación popular. Una vez instalada, y mediante el mandato constituyente n.º 1, la asamblea ratificó la autoridad del Presidente de la República (a quien se le permitió seguir en sus funciones), disolvió al Poder Legislativo argumentando que la propia asamblea asumiría dichas funciones, y permitió al Poder Judicial seguir operando mientras no obstaculizara el ejercicio del poder constituyente. Mil ciudadanos ecuatorianos presentaron una acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional de Ecuador, donde se alegó la inconstitucionalidad del mandato constituyente n.º 1. Entre los argumentos que presentaron, los ciudadanos alegaron que el mandato de la asamblea constituyente no era originario, sino derivado[46]. Se citaba una resolución judicial previa, donde el propio Tribunal Constitucional habría identificado límites explícitos a la asamblea constituyente[47]. En el año 2008, el Tribunal Constitucional dictó una sentencia argumentando que el poder constituyente es un poder fáctico que opera bajo un proceso "extra-estatal", siendo "ilimitado y originario"[48].

Incluso, académicos críticos de esta sentencia parecen aceptar la utilización de la teoría del poder constituyente como marco teórico bajo el cual se desarrolla el debate, pero critican la agenda política que ella sirvió para justificar[49]. Así, por ejemplo, Rosalind Dixon y David Landau utilizan el caso de Ecuador para argumentar que se trata de un ejemplo de préstamo constitucional abusivo (*abusive borrowing*), en tanto se utiliza una idea democrática (para ellos, el poder constituyente es una teoría democrática[50]) con fines contrarios a elementos indispensables de la democracia[51]. Otro ejemplo es el de los académicos ecuatorianos Alejandro Venegas y Verónica Hernández, quienes ofrecen argumentos contra la sentencia del Tribunal Constitucional y sostienen que la asamblea de Montecristi no había adquirido un genuino poder constituyente originario, que la expresión "plenos poderes" podía ser interpretada de un modo compatible con la verdadera naturaleza derivada o constituida de dicha asamblea[52]. De este modo, tanto David Landau y

[46] Véase un resumen de los argumentos de estos ciudadanos en Venegas y Hernández (2019), pp. 54-59.

[47] Tribunal Constitucional de Ecuador (2007): 008-07, 24 de julio de 2007.

[48] Tribunal Constitucional de Ecuador (2017): 0043-17-TC, 3 de marzo de 2008.

[49] Sobre la estrategia política de Rafael Correa, véase Conaghan (2011) y Conaghan (2016).

[50] Dixon and Landau (2021), p. 19.

[51] *Op. cit.*, p. 125.

[52] Venegas y Hernández (2019), pp. 59-60.

Rosalind Dixon como Alejandro Venegas y Verónica Hernández, aceptan que la teoría del poder constituyente puede funcionar como marco teórico. Los primeros autores alegan que la misma ha sido abusada y los segundos reclaman que la asamblea no era, en realidad, originaria.

Un segundo ejemplo en que la teoría del poder constituyente ha sido utilizada de manera acrítica, o siendo aceptada por todas las partes del debate, tuvo lugar en Chile cuando se discutió la naturaleza de la denominada cláusula de límites de la Convención Constitucional. Por supuesto, la idea del poder constituyente había sido utilizada con anterioridad para justificar la propuesta de que fuera una Convención Constitucional, y no el Congreso, quien redactara la nueva Constitución[53]. Dicha cláusula dispone que la Convención Constitucional que comenzó a operar el año 2021, y que se regula mediante las disposiciones agregadas a través de reformas constitucionales a la Constitución de 1980, debe respetar ciertos límites (véase artículo 135 del texto constitucional actual). En general, se establecen límites procedimentales cuya infracción puede dar origen a un reclamo ante la Corte Suprema (artículo 136), y límites sustantivos cuya violación es difícil (sino imposible) de corregir debido a que la propia cláusula debe complementarse con aquella disposición que impide la revisión judicial del contenido de las normas aprobadas por la propia Convención Constitucional[54].

Arturo Fermandois, profesor de Derecho Constitucional y representante de la Unión Demócrata Independiente (UDI), un partido de derecha conservadora, y quien participó en la comisión redactora de las normas que establecieron las bases de la Convención Constitucional, escribió un artículo sobre la cláusula de límites que es ilustrativo del debate sobre el poder constituyente originario y derivado. El propósito político de dicha cláusula era evitar que el proceso chileno pudiera seguir los caminos más polémicos que siguieron los procesos constituyentes de Ecuador (2007) y Venezuela (1999)[55], dándole continuidad al régimen constitucional vigente con la nue-

[53] Véase, por ejemplo, Bassa (2019).

[54] El artículo 136 dispone: "En ningún caso se podrá reclamar sobre el contenido de los textos en elaboración". Más adelante, el mismo artículo agrega: "Ninguna autoridad, ni tribunal, podrá conocer acciones, reclamos o recursos vinculados con las tareas que la Constitución le asigna a la Convención, fuera de lo contenido en este artículo". El último inciso también establece: "No podrá interponerse la reclamación a la que se refiere este artículo respecto del inciso final del artículo 135 de la Constitución". Dicho inciso final exige que la nueva Constitución respete el carácter republicano del "Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

[55] Fermandois (2021), pp. 710-711.

va Constitución y dando tranquilidad a todas las partes del proceso[56], incluyendo la derecha[57]. Estas ideas se vinculaban con la tradición constitucional evolutiva que ha predominado en Chile en sectores relevantes de la derecha y del centro, y que se ha opuesto a la narrativa constitucional revolucionaria, que suele invocar el poder constituyente originario[58]. En su artículo, asocia sus ideas evolutivas (aunque él no las llama así) con la idea del poder constituyente derivado. En otras palabras, para el autor citado, el carácter limitado de la Convención Constitucional se asocia a que ella debe ejercer un poder constituyente derivado y, por lo tanto, sujeto a límites que solo el poder genuinamente originario podría ignorar o superar[59]. Su trabajo contrasta con el artículo de Constanza Salgado, Domingo Lovera y Pablo Contreras, quienes utilizan la teoría democrática del poder constituyente como argumento (sumado a otros) para defender la idea de que los tratados internacionales no operarían como un límite sustantivo al trabajo de la Convención Constitucional, sino que como una manera "débil" de asegurar la función exclusiva de la Convención que no es incompatible con la idea de que los tratados puedan servir como guía para el proceso constituyente[60].

Sin perjuicio de lo anterior, y antes de que el debate entre Arturo Fermandois y Constanza Salgado *et al.* se generara, algunos políticos de izquierda habían concedido la idea de que la Convención Constitucional estaba diseñada como poder derivado, al criticar el acuerdo político que dio origen a la reforma constitucional que permitió abrir un proceso constituyente en manos de una convención constitucional. Así, por ejemplo, Camila Vallejos había lamentado que la Convención solo tuviera poder constituyente derivado y Hugo Gutiérrez había criticado el diseño argumentando que el Congreso estaba limitando y condicionando el ejercicio de la soberanía popular[61]. No obstante, la tesis del poder derivado ha sido refutada por aquellos que han llamado a que la Convención ejerza un poder originario. Ello ocurrió con un grupo de treinta y cuatro constituyentes que hicieron una declaración temprana al respecto, invocando su poder soberano[62], y en el artículo 1 del reglamento de la propia Convención. Esta idea también puede vincularse con algunas infracciones reglamentarias que se han observado[63], y con el

[56] Fermandois (2021), p. 716.

[57] *Op. cit.*, pp. 716-717.

[58] Sobre las narrativas evolutivas y revolucionarias que están presentes en el proceso constituyente, véase Prieto y Verdugo (2021).

[59] Fermandois (2021), p. 713. También, véase Serey (2021).

[60] Salgado *et al.* (2021).

[61] Véase Prieto y Verdugo (2021).

[62] Véase Red Digital (2021).

[63] Véase, por ejemplo, Alemparte and Braver (2021).

hecho de que la propia Convención decidió, por simple mayoría, confirmar la exigenciae que dos tercios de los constituyentes entreguen su voto para aprobar las normas constitucionales[64]. Dicha confirmación era innecesaria, y traía implícita la idea de que la regla que establece el requerimiento de los dos tercios podría ser revisada en el futuro mediante una mayoría simple. Algunos intelectuales, como Eric Palma, por ejemplo, le habían intentado dar una base teórica a esta idea utilizando la tesis del poder constituyente originario[65]. Otros autores han invocado la teoría del poder constituyente para argumentar que no corresponde que la Convención Constitucional incurra en actos propios de la política ordinaria, o para sostener que los límites que se asocian a la misma debe respetar su naturaleza constituyente. Así, algunos creen que el poder constituyente puede ser objeto de límites[66], otros utilizan la teoría del poder constituyente del modo explícito para precisar la facultad única de la Convención Constitucional (dictar una Constitución)[67], y son pocos los que niegan la distinción clásica que ofrece la teoría del poder constituyente[68].

Como puede observarse, casi todos quienes participan en este debate utilizan la teoría del poder constituyente como marco teórico que sirve para ordenar la discusión, refiriéndose a las categorías propias del poder constituyente. Dicho debate no es solo académico, sino que tiene un impacto relevante en la discusión política y en el modo cómo los constituyentes justifican o critican su actuar.

III. Los problemas de la teoría del poder constituyente

Las críticas que ha recibido la versión predominante de la teoría del poder constituyente son diversas, y no pretendo revisar a cabalidad todas ellas en esta breve sección. Las críticas han sido formuladas por autores tan diversos

[64] Un grupo importante de políticos e intelectuales refutó esta idea cuestionando que los constituyentes puedan lícitamente utilizar la idea de soberanía popular para justificar el desconocimiento de las reglas acordadas. Véase Insulza, Warken *et al.* (2021).

[65] Véase Palma (2021). También, véase Palma y Elgueta (2020).

[66] Cazor y Núñez (2021), pp. 43-44; Núñez (2021), pp. 26, 33. Un ejemplo algo diferente es el de Constanza Salgado, quien sigue a autores cercanos a la teoría clásica, como Carl Schmitt y Ernst Böckenforde, pero también argumenta que el poder constituyente necesita articularse mediante un mecanismo representativo que le da forma jurídica y lo limita. Véase Salgado Muñoz (2020).

[67] Por ejemplo, ver Bassa *et al.* (2020).

[68] Véase un ejemplo en Ragone y Núñez (2021), p. 11.

como: David Dyzenhaus[69], Lars Vinx[70], Andrew Arato[71], Oran Doyle[72], Víctor Ferreres Comella[73], David Landau[74], Zoran Oklopcic[75] y George Duke[76].

Uno de los problemas es que el modo cómo la teoría del poder constituyente utiliza la idea del *pueblo*, en tanto actor pre-jurídico, externo y orgánico con una voluntad unitaria, es objeto de tres objeciones: en primer lugar, no logra resolver la clásica paradoja temporal del constitucionalismo[77]. Para esta paradoja, el pueblo es una entidad que debe ser identificada e interpretada mediante formas jurídicas que no existen[78], porque justamente el proceso constituyente se realiza para constituir al pueblo y a su identidad. En otras palabras, la teoría del poder constituyente no logra describir el modo cómo operan los procesos constituyentes en la práctica. La dimensión descriptiva falla porque, en parte, no es posible que el pueblo sea el autor de la Constitución[79]. Corrigiendo este problema, autores como Hans Lindahl argumentan que, en realidad, el poder constituyente se presenta de manera reflexiva y relacional[80]. La idea, entonces, no es considerar al pueblo como una entidad prepolítica, sino que asumir la existencia de una comunidad política que se constituye a sí mismo de manera progresiva y buscando encontrar su identidad.[81] No obstante, la teoría de Hans Lindahl parece todavía muy abstracta y no entrega suficientes elementos como para identificar qué es, exactamente, el pueblo. La teoría no logra, tampoco, comprender si la comunidad política puede lograr adquirir una voluntad unitaria y omite referirse a los problemas que las comunidades políticas modernas poseen, tales como la fragmentación, la diversidad y la polarización[82]. Por lo anterior, la tesis de Hans Lindahl no responde con suficiencia a las críticas normativas que la teoría del poder

[69] Dyzenhaus (2007) y (2012).

[70] Vinx (2013), (2018) y (2020).

[71] Arato (2009), (2015), (2016), (2017a) y (2017b).

[72] Doyle (2019).

[73] Ferreres (en prensa).

[74] Landau (2019).

[75] Oklopcic (2014) y (2018).

[76] Duke (2020); Duke and Arcioni (2021).

[77] Véase el conjunto de trabajos editados por Loughlin and Walker (2007).

[78] El mismo Hans Kelsen criticaba la teoría argumentando que la unidad del pueblo requiere una normatividad que la teoría del poder constituyente no es capaz de proporcionar. Ver Kelsen (2000), pp. 89-90.

[79] También, véase Pasquino (2013), pp. 1004-1005.

[80] Lindahl (2007a), (2007b) y (2016).

[81] Otros autores han defendido ideas parecidas a la de Hans Lindahl, como Loughlin (2014); Gill-Pedro (2020).

[82] Véase una crítica a la teoría de Hans Lindahl en Sultany (2017), pp. 295-296.

constituyente recibe[83], y también puede ser utilizada para construir una narrativa romántica sobre el momento fundacional que explica el origen de las constituciones. En otro trabajo he explicado los motivos por los cuales dichas narrativas románticas no entregan una respuesta satisfactoria a la teoría del poder constituyente en sus dos dimensiones[84].

Una segunda objeción asociada a asumir que el pueblo es una entidad unitaria, es que ella puede ser funcional a narrativas populistas y excluyentes de minorías políticas relevantes. La literatura ha explicado el modo como el populismo y el poder constituyente se pueden vincular[85], y han existido experiencias importantes que ejemplifican el modo como dicho populismo puede terminar erosionando un sistema democrático a cambio de una narrativa inicialmente atractiva para los electores[86]. Es posible que la idea del poder constituyente pueda funcionar mejor en sociedades homogéneas[87], pero no puede asumirse ello en sociedades modernas caracterizadas por la existencia de desacuerdos fuertes en materias morales y políticas. La evidencia parece sugerir, además, que los electores y la opinión pública poseen preferencias diversas, incompletas e inestables[88].

Una tercera objeción consiste en sostener que no es cierto, ni deseable, que exista un órgano constituyente que opere con problemas ilimitados. No es cierto porque no existen procesos constituyentes que no estén influidos por órganos que la teoría denomina como constituidos. Los contenidos de las Constituciones no solamente obedecen a decisiones tomadas por un órgano constituyente en un momento dado, sino que, también, influyen cuestiones como el "path dependence"[89], el oportunismo político de actores específicos que pretenden maximizar sus cuotas de poder con diseños concretos[90], los partidos existentes con anterioridad al comienzo del proceso constituyente, las normas de la constitución previa y modelos constitucionales[91] normalmen-

[83] Tampoco parece contestar suficientemente bien el argumento de David Dyzenhaus, que sostiene que, al ser una teoría externa al derecho, no es posible utilizar la teoría del poder constituyente para justificar normas constitucionales desde una perspectiva interna asociada a la práctica constitucional. Ello no ocurre con teorías alternativas como las de Dworkin y Fuller, pero sí con la teoría de Carl Schmitt. Véase Dyzenhaus (2007) y (2012).

[84] Véase Verdugo (en prensa).

[85] Mudde (2013); Corrias (2016); Doyle (2019) y Wittrock (2020).

[86] Véase, por ejemplo, el caso de Ecuador y la utilización de los derechos como "sobornos" en Dixon (2018). También Landau (2019).

[87] Es posible que Carl Schmitt limite su teoría a este tipo de sociedades. Véase Brännström (2020), p. 86.

[88] Véase, por ejemplo, la evidencia de Achen and Bartels (2017).

[89] Por ejemplo, Mazo (2019). También, Varol (2016).

[90] Véase, por ejemplo, Geddes (1996).

[91] Véase, por ejemplo, Law (2016).

te sugeridos por expertos y organismos internacionales. Tampoco es deseable que el poder constituyente desconozca la existencia de límites superiores como la justicia[92], el derecho natural[93] o las condiciones que hacen posible que la democracia sea sustentable en el tiempo, y los derechos fundamentales. Algunos autores han respondido a esta objeción sosteniendo que la teoría del poder constituyente supone la existencia de dichos límites[94]. No habría, para ellos, genuino poder constituyente en aquellos casos en que el proceso produjo un sistema constitucional que viole aquellas restricciones. Sin embargo, estas teorías que buscan redimir la idea del poder constituyente hacen más serio el problema de la dimensión descriptiva del poder constituyente. En otras palabras, lo que ganan en normatividad (al incorporar elementos deseables a la teoría), hace que la teoría se acerque más al terreno de lo ideal que de lo real. Además, nada en la teoría del poder constituyente asegura que dichos límites puedan cumplirse de manera efectiva, ni que las infracciones puedan ser reparadas. La idea radical emancipadora del poder constituyente implica que las decisiones que se tomen no puedan ser objeto de una revisión externa que no provenga del propio constituyente, por lo que no debe definirse *a priori* cuál es el contenido de la norma constitucional. El único modo de ofrecer garantías institucionales para corregir este problema es desnaturalizando la versión clásica de la teoría de un modo que la haría irreconocible. En palabras de George Duke, no es factible domesticar la versión schmittiana del poder constituyente con estos límites[95]. En definitiva, la teoría del poder constituyente es una teoría sobre el origen de la Constitución y el modo cómo se expresa el pueblo, y no sobre los contenidos constitucionales.

Todos estos problemas pueden ser respondidos asumiendo que la teoría del poder constituyente solo debe adquirir una dimensión normativa y retrospectiva[96]. Sería normativa porque ella no intentaría explicar el modo como los procesos constituyentes operan en la realidad, y retrospectiva porque ella solo podría ser utilizada para interpretar eventos pasados. De esa manera, se impediría que líderes populistas o con inclinaciones autoritarias puedan invocar la teoría del poder constituyente para justificar sus agendas políticas presentes y futuras. No obstante, esta forma limitada de usar la teoría clásica del poder constituyente también tiene problemas. En primer lugar, ella sería inútil para promover cambios constitucionales presentes, por lo que muchos usos de la misma perderían justificación. En segundo lugar, esta versión retros-

[92] Véase, entre otros, a Vinx (2018).
[93] Fasel (en prensa).
[94] Entre ellos, véase Colón-Ríos (2011b); Stacey (2011).
[95] Duke (2020); Duke y Arcioni (2021).
[96] Véase, por ejemplo, Böckenförde (2017).

pectiva podría impulsar la existencia de una narrativa ficticia y romántica del momento político que dio origen a la Constitución[97]. Esta narrativa ficticia puede ser utilizada para invisibilizar demandas de grupos excluidos o marginados, como ocurrió con los afroamericanos en Estados Unidos. Esta narrativa romántica también puede ser utilizada para que la disciplina de la historia constitucional de los países sea desarrollada de manera selectiva y oportunista.

Otro problema asociado a la teoría clásica del poder constituyente, es que ella se basa en una suerte de legitimidad racional weberiana asociada a la idea de la decisión del pueblo[98], que es excluyente de otras fuentes de legitimidad posible. Ello tiene tres problemas. Primero, ignora la existencia de otras fuentes de legitimidad que los actores constituyentes pueden invocar de manera relativamente exitosa. Así ocurre con los elementos que Andrew Arato ha identificado para construir su paradigma postsoberano[99]. Este paradigma incluye cuestiones como los consensos entre sectores sociales diversos e, incluso, opuestos, y la combinación de elementos como la transparencia, la representación, la revisión judicial y la participación, todos los que pueden conducir a equilibrar la necesidad de darle un espacio a los distintos sectores de la comunidad política sin necesidad de forzar una falsa homogeneidad, respetando a las minorías, incluyendo límites en principios importantes como los derechos fundamentales, e ignorando el problema de identificar una voluntad colectiva unitaria inexistente[100]. El segundo problema, es que asume que las Constituciones se elaboran en un momento preciso, supuesto que es incompatible con la idea de que los países construyen sus tradiciones políticas de manera evolutiva y gradual, incluyendo prácticas políticas reiteradas que van consolidando modos de actuar y generando consensos implícitos entre generaciones y al interior de comunidades políticas actuales. Esta idea tiene una fuerte tradición en el pensamiento constitucional y la idea weberiana, racional y decisional del poder constituyente no es capaz de acomodarla[101]. En tercer lugar, la dimensión normativa de la idea del poder constituyente no reconoce que los procesos constituyentes normalmente se llevan a cabo bajo

[97] Véase, por ejemplo, Grimm (2009), p. 73. También, Kay (2011); Kuo (2019).

[98] Véase Loughlin (2014), p. 219.

[99] Véase Arato (2016) y (2017b).

[100] Es posible que también sea difícil, aunque tal vez no imposible, acomodar el carisma de líderes específicos como factor de legitimación de las instituciones. Sobre esta materia, véase Ackerman (2019).

[101] Una versión de la teoría evolutiva se conecta con el pensamiento de Burke, el que está lejos de ser pacífico entre los autores. Sin perjuicio de eso, el pensamiento burkeano es importante en los estudios constitucionales y no es necesario ser burkeano para aceptar o promover algunas de sus premisas más razonables. Véase, por ejemplo, Kronman (1990); Jacobsohn (2006); Sunstein (2006).

condiciones no ideales donde los requerimientos de la democracia son difíciles de cumplir. Lo común, es que los procesos constituyentes se lleven a cabo en condiciones de crisis políticas y sociales graves[102], con un sistema de partidos políticos inexistente o defectuoso y condiciones políticas inestables e, incluso, violentas. Esto hace que una teoría sobre la legitimidad de las Constituciones no pueda satisfacerse solamente mirando al origen de las mismas. Como la teoría del poder constituyente es, al final del día, una tesis sobre el modo como se manifiesta el pueblo, ella debe ignorar las difíciles condiciones en que dicha manifestación tiene lugar.

Además, la idea radical de que el poder constituyente es ilimitado y tiene la autoridad para revisarlo todo, definiendo el poder constituyente sus propios límites, impide entregar una metodología que pueda orientar al órgano constituyente respecto de las materias que debe revisar. El problema, es que las Constituciones formales tratan todas las materias que el constituyente quiera incluir, cuestión que presenta desafíos importantes para el tiempo que debe durar el proceso constituyente y la profundidad con que se debe discutir y deliberar cada una de las materias. Mientras más amplio sea el catálogo de materias a discutir, y más acotado sea el tiempo destinado a ellas, más pobre será la deliberación. Ello puede hacer que las negociaciones políticas no duren lo que necesitan durar, que existan comportamientos oportunistas en el manejo de la agenda constituyente, y que sea más difícil acomodar los intereses y demandas de los grupos minoritarios o excluidos del proceso.

Lo anterior puede exacerbar el problema de la Constitución impopular. Una Constitución impopular es aquella que no es capaz de reflejar las demandas constituyentes que se utilizaron para justificar el proceso político que impulsó el cambio constitucional. En ocasiones, la misma puede producirse para ir en contra de lo que dichas demandas requerían, o para regular cuestiones que no eran parte de las prioridades contenidas en dichas demandas. Como las prioridades compiten dentro de los procesos constituyentes en relación con el capital político que puede invertirse en determinadas agendas y al tiempo y visibilidad que se le dedica a cada idea, priorizar demandas diferentes a las centrales del movimiento constituyente puede dañar estas últimas. Cualquiera sea el caso, la Constitución impopular se constituye como un desafío normativo importante para la teoría del poder constituyente porque ella sirve para reafirmar que la idea del pueblo es ficticia e, incluso, engañosa. No existen comunidades políticas suficientemente homogéneas como para garantizar que

[102] Jon Elster identifica este problema como una paradoja. Es improbable que el pueblo se manifieste constitucionalmente a menos que exista una crisis, pero esa crisis es la que hace que el pueblo difícilmente pueda dar a conocer su voluntad de una manera procedimentalmente aceptable. Véase Elster (1995), p. 394). También, Verdugo (en prensa).

un órgano representativo puede identificar una voluntad unitaria y estable en todas las materias. La función de esos órganos debe ser la acomodación de las diversas demandas en condiciones que aseguren los mínimos institucionales que permitan una democracia sustentable y competitiva, y no la expresión de ideas que se impongan a aquellos sectores que posean menos influencia o poder. Esta crítica les da más fuerza a las objeciones tradicionales que la teoría clásica del poder constituyente ha recibido, al poner en evidencia que el mito sobre el momento fundacional no solamente tiene lugar de manera retrospectiva cuando los historiadores y constitucionalistas idealizan una parte de la historia, sino que, también, tiene lugar de forma presente, asociada a la generación que debió ser la autora de la Constitución en primer lugar[103].

IV. El proceso constituyente chileno (2020-2022)

El proceso constituyente chileno todavía no finaliza, por lo que las conclusiones que puedan extraerse deben ser consideradas como preliminares y sujetas a revisión. Sin embargo, ya tenemos suficiente información sobre las normas aprobadas por el pleno de la Convención Constitucional como para poder discutir el punto de manera útil. Además, existen estudios de opinión pública que nos permiten comparar si el trabajo de la Convención se condice con las opiniones predominantes en esta generación presente. Antes de explicar los ejemplos, es importante tener presente que la idea de opinión pública no es necesariamente equivalente a la idea del pueblo. Sin perjuicio de que la idea de pueblo es controvertida en la literatura, y a que la versión clásica de la teoría del poder constituyente la trata del modo indicado en la sección precedente (como una unidad homogénea que posee una voluntad unitaria), en la práctica política ha existido una metodología para entender cuál es la voluntad del pueblo: los procesos electorales y los canales representativos. Dicha metodología es controvertida en situaciones donde los canales electorales y representativos poseen problemas. En otras palabras, no podemos asumir que un proceso constituyente llevado adelante en condiciones defectuosas para la democracia va a establecer procedimientos suficientes para asegurar que las mayorías se expresarán de manera adecuada.

[103] Alguien podría objetar que estos problemas que posee la teoría del poder constituyente no debieran dañar la utilización acotada de la misma, como ocurre con la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales. No obstante, no es necesario usar la teoría del poder constituyente para justificar este tipo de doctrinas, las que encuentran razones independientes normativamente plausibles. Véase Ferreres (en prensa). También, Poehls y Verdugo (2022).

La paradoja de Jon Elster, por la cual las condiciones para cambiar una Constitución no son ideales desde una perspectiva democrática (y citada en la sección precedente), tuvo lugar en Chile. Primero, el sistema de partidos posee poco apoyo popular, se encuentra algo congelado en el ámbito de las élites y desconectado de la sociedad civil[104]. En mayo del año 2019, un 73 % de la población no se identificaba con ningún partido, y la confianza en ellos llegó a caer al 2 % en diciembre de 2019[105]. Segundo, la fragmentación política existente es alta, lo que se explica, en parte, por la fórmula electoral elegida, el número de partidos y colectivos existentes y las modificaciones que se hicieron para beneficiar a los candidatos independientes[106]. Tercero, las elecciones tuvieron lugar luego de hechos violentos ampliamente documentados, y que se sumaron a una serie de prácticas legislativas que pusieron en cuestión la autoridad de la Constitución vigente (varias, aunque no todas, se explican por la pandemia). Tanto es así, que algunas altas autoridades declararon el cambio de la forma de gobierno o justificaron infringir reglas del proceso legislativo, y un influyente intelectual público declaró que la Constitución había "fenecido"[107]. Cuarto, las reglas que favorecieron los candidatos independientes[108] generaron problemas importantes en el sistema de representación política porque muchos candidatos no tenían programas integrales conocidos, varios poseían agendas individuales y específicas, que estaban lejos de pronunciarse sobre todas las materias constitucionalmente relevantes. El 41 % de las candidaturas presentadas correspondió a candidatos independientes[109], de las setenta y nueve listas que participaron en las elecciones, cinco correspondían a pactos donde participaban los partidos[110], En consecuencia, ciento tres de los constituyentes no militan en partidos políticos y cincuenta y cinco fueron electos en pactos electorales que no incluyeron a los partidos[111]. Quinto, el contexto político en el que se celebraron las elecciones de convencionales fue especialmente desfavorable para los candidatos de derecha[112], lo que generó una convención poco representativa políticamente. Al-

[104] El argumento no es nuevo. Véase Luna and Altman (2011).

[105] Véase Le Foulon y Palanza (2021), p. 4.

[106] Entre otros trabajos, véanse, por ejemplo, Bunker (2018); Fábrega *et al.* (2018) y Cruz y Varetto (2019).

[107] Véase un resumen de estas declaraciones, y otras, en Poehls y Verdugo (2022).

[108] Entre ellas, se permitió la conformación de listas de independientes y se bajó el número de patrocinantes para inscribir candidatos fuera de pacto.

[109] Le Foulon y Palanza (2021), p. 10.

[110] Fábrega (2022), p. 4.

[111] *Ibid.*

[112] Ello se debe, al menos, por dos motivos: el presidente Sebastián Piñera, llamado a ser el líder de la coalición, poseía niveles de aprobación bajo el 20 %, y el gobierno de la coalición de derecha

gunos de estos motivos impiden que el sistema de partidos políticos cumpla aquellas funciones que parte de la literatura asume como esenciales para el buen funcionamiento de la democracia representativa[113]. Los costos de transacción y de información han sido demasiado altos como para que una institución representativa como la Convención Constitucional funcione de manera coherente con los postulados de dicha literatura.

Las condiciones identificadas en el párrafo precedente hicieron que la coalición de derecha y la tradicional coalición cercana a la ex Concertación estuvieran fuertemente subrepresentadas (la derecha ni siquiera obtuvo el cuarto de los constituyentes en ejercicio, requerimiento necesario para formular reclamos ante la Corte Suprema), y los independientes resultaron defender agendas asociadas a una izquierda incluso más radical que la que representaba el Frente Amplio[114]. El resultado fue una convención constitucional que no reproduce los equilibrios políticos que se observan en el país. Sin perjuicio de ello, la Convención sí logró un mejor rendimiento en términos de representación descriptiva (en el sentido de Hanna Pitkin), en tanto ella incluye una renovación etaria y de género, los candidatos tenían menos experiencia política y aparecen representados los pueblos indígenas[115]. Pese a que la representación descriptiva funcionó (y a que existe un valor en ella)[116], en términos democrático-formales no puede decirse que el proceso constituyente chileno operó en condiciones representativas aceptables, en tanto ella estuvo lejos de expresar el balance político que existe en la sociedad chilena. Por consiguiente, la idea de una convención que puede expresarse a nombre del pueblo de manera genuina puede ser puesta en duda. Ello se suma al hecho de que la participación electoral bajó significativamente si se la compara con otras elecciones[117], a que la participación en el proceso de consulta

estaba promoviendo una política altamente impopular (impedir el proyecto que autorizaba el retiro de los ahorros previsionales administrados por las AFP).

[113] Véase, por ejemplo, Khaitan (2020) y (2021).

[114] Lo anterior coincide con el análisis empírico del primer mes de funcionamiento de la Convención, donde los datos muestran que la derecha no ha sido capaz de obtener los apoyos necesarios para tener poder de veto. En otras palabras, la capacidad de la derecha de organizarse para persuadir a otros convencionales y obtener un tercio de los votos para bloquear propuestas constitucionales, parece inexistente o, al menos, severamente limitada. Véase Fábrega (2022), p. 11.

[115] Véanse los datos de Le Foulon y Palanza (2021), pp. 13-24.

[116] "La Convención se parecerá más a la población chilena, de lo que se ha parecido en cualquier momento anterior el congreso. Esto tiene grandes ventajas y algunos costos, sin dudas". Le Foulon y Palanza (2021), p. 24.

[117] La participación en la elección de convencionales (43,4 %) superó solo a la participación de las elecciones municipales del año 2016 (34,9 %), y estuvo por debajo de las elecciones del año 2013 (49,4 % en la primera vuelta), de las elecciones del año 2017 (46,7 en la primera

indígena parece haber sido especialmente reducida[118], y al modo como la Convención Constitucional trató las iniciativas populares de norma constitucional, rechazando propuestas que obtuvieron numerosos patrocinios[119]. Por cierto, es posible afirmar que ningún proceso electoral se desarrolla de manera suficientemente ideal como para poder asegurar que una entidad llamada pueblo está debidamente representada. Sin perjuicio de que dicha afirmación puede ser correcta, el problema que ha tenido lugar en Chile es fácil de identificar cuando comparamos los equilibrios políticos que normalmente producen las elecciones en periodos ordinarios con la composición de la Convención Constitucional.

Por supuesto, si se quiere sostener que el proceso constituyente chileno ha sido "impopular" en Chile, no es suficiente observar que el proceso electoral que tuvo lugar para elegir a la Convención Constitucional fue defectuoso, que la participación política fue relativamente baja y que los equilibrios internos de la Convención no representan la diversidad política de la sociedad chilena. Además, hay que mostrar que el trabajo de la Convención no ha sido suficientemente receptivo con el contenido de las demandas sociales que se invocaron para justificar la agenda de reemplazo constitucional. Para que el argumento de la impopularidad esté completo, entonces, entre otras cosas, hay que:

i) identificar cuáles son las demandas constituyentes y
ii) evaluar el trabajo de la Convención[120].

vuelta), del plebiscito del año 2020 (51 %) y de las elecciones del año 2021 (47,33 % en primera vuelta, y 55,64 % en segunda vuelta).

[118] De acuerdo con cifras del Servicio Electoral, votaron 262 273 personas para elegir escaños reservados de los pueblos indígenas. No obstante, en la consulta indígena habrían participado 7 549 personas. Véase Servicio Electoral (2021); Ogalde (2022).

[119] La información disponible es algo confusa. En su debate en general, el 49,4 % de las iniciativas (41 IPN) fueron aprobadas de forma total o parcial, mientras que el otro 50,6 % (42 IPN) no lograron avanzar en el debate. De estas, cuarenta y una propuestas fueron rechazadas y una fue declarada inadmisible. Lo anterior parece contradecir la información entregada por la Convención Constitucional, que sostiene que el 91,5 % de las propuestas llegó al borrador. Véase Convención Constitucional (2022). No obstante, si uno observa las iniciativas que más patrocinios obtuvieron, varias no se condicen con el borrador constitucional existente hasta la fecha de redacción de este ensayo. Ello ocurre, por ejemplo, respecto de las siguientes iniciativas: "Con mi plata no - Defiende tus ahorros previsionales", "Libre derecho sobre la propiedad privada" y "Cannabis a la Constitución ahora: por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la soberanía personal y el bienestar".

[120] Por supuesto, esta pregunta (sobre el contenido de la demanda constituyente) no desconoce los incentivos políticos que hicieron que los diversos partidos concedieran la posibilidad de reemplazar la Constitución vigente y llegaran al acuerdo de noviembre del año 2019. Sobre dichos incentivos, véase el trabajo de Escudero (2021).

Como los resultados de la Convención que hoy tenemos son parciales, y los académicos todavía no se encuentran en una posición que les permita realizar una evaluación integral, las conclusiones que podamos extraer de este ejercicio no deben ser presentadas como definitivas. Sin embargo, los ejemplos que podamos desarrollar sí pueden darle plausibilidad al argumento.

En cuanto a las demandas que justifican la nueva Constitución, lo primero que hay que observar es que el votante del "apruebo" en el plebiscito de entrada del año 2020 (que representa un 78,28 % de quienes sufragaron) es heterogéneo y, por lo tanto, es posible que las demandas que ellos tengan también sean heterogéneas. Aunque aparentemente hubo un voto asociado a la clase social del elector[121], al interior del voto del "apruebo" se encuentran personas con diferentes matrices ideológicas, tanto en las categorías tradicionales de "izquierda", "centro" y "derecha" como en el eje liberal-conservador, y el número de personas que votaron por el expresidente Sebastián Piñera[122].

Una segunda cuestión que hay que observar, es que la evidencia parece sugerir que las personas que desean un reemplazo constitucional lo hacen para defender derechos sociales[123]. Por supuesto, la existencia de una Constitución desprestigiada y vinculada en su origen con una dictadura que pocos todavía defienden, debe tener alguna influencia. No obstante, el motivo por el cual las personas se pueden movilizar de forma positiva tiene que ver con un conjunto heterogéneo de demandas e intereses que adoptan la forma de derechos. Esta idea parece ser compartida por un número importante de autores[124]. Por supuesto, este motivo se puede conectar a razones orgánicas y de distribución del poder, en tanto existen arreglos institucionales que han impedido o restringido la posibilidad de establecer reformas sociales relevantes por bastante tiempo. Pese a que los académicos discrepan respecto de cuáles son exac-

[121] Véase Meléndez *et al*. (2021), p. 275.

[122] *Op. cit.*, pp. 277-283.

[123] En otro trabajo he revisado la evidencia al respecto. Véase Navia and Verdugo (en prensa).

[124] Por ejemplo, Samuel Tschorne sostiene: "El problema de la desigualdad, especialmente respecto de bienes y servicios (*e.g.* educación, salud y previsión), que ha pasado a reclamarse como objeto de derechos sociales inherentes a la ciudadanía, ha adquirido particular prominencia a medida que las políticas de desarrollo social tecnocráticas promovidas desde los tiempos de la Concertación han comenzado a mostrar sus limitaciones. Minimizado el riesgo de una regresión autoritaria, se ha perdido temor a las demandas de transformación económica y a la polarización política y se han comenzado a desvanecer los consensos de política económica que permitieron despolitizar parte importante de los conflictos distributivos (Luna 2016). Esto explica la creciente movilización ciudadana en torno a las desigualdades, que ha repolitizado estas causas mediante la protesta social por fuera –a pesar, incluso– de los canales institucionales de representación y el sistema de partidos". Tschorne (2020), p. 109.

tamente esos arreglos institucionales[125], parece estar relativamente claro que, independiente de las causas institucionales, la ausencia de reformas sociales ha generado malestar y alimentado la demanda por una nueva Constitución. Lo relevante, entonces, es el debate sobre el modo como se reconocen, aseguran e implementan los derechos sociales.

Lo anterior coincide con las encuestas. El 69 % de las personas que votó a favor del "apruebo", justificó su voto sobre la base de la protección de los derechos a la educación, seguridad social y salud[126]. Es posible que las protestas estudiantiles del año 2011[127], el movimiento "No más AFP" y la campaña presidencial de Michelle Bachelet del año 2013, entre otros movimientos, ayudaran a instalar idea de que la protección de los derechos sociales se conectaba con la demanda por una nueva Constitución. Esta idea se sigue confirmando con una encuesta reciente, de mayo del año 2022, que sugiere que las razones para aprobar se vinculan con la garantía de los "derechos sociales en salud, educación, vivienda" (58 % en las menciones totales), con la idea de tener una Constitución nacida en democracia (47 %), la necesidad de establecer profundos cambios políticos y económicos (33 %) y con la necesidad de cambiar el sistema de pensiones (28 %)[128]. Otros aspectos, como la plurinacionalidad (11 %), el ambiente, el feminismo y las regiones (12 %), aparecen como razones secundarias.

El contenido de la demanda constituyente, mayoritariamente asociada a los derechos sociales, debe ser comparada con las normas aprobadas por la propia Convención Constitucional y la reacción de la opinión pública respecto de esas normas. Sabemos que el voto asociado al "rechazo" ha crecido significativamente. Una encuesta muestra que dicho voto parece vincularse no

[125] Algunos culpan al Tribunal Constitucional o a las reglas super mayoritarias para modificar la Constitución y las leyes orgánicas constitucionales, otros observan los problemas que tiene la combinación de un presidencialismo con periodos electorales reducidos, un calendario electoral que no favorece la creación de coaliciones legislativas y un sistema electoral que fragmenta al Congreso. Compárese Atria (2013); Luna (2016); Siavelis (2016); Verdugo (2019a). En otro trabajo discutí con mayor profundidad sobre este problema. Véase Dixon y Verdugo (2021). También, Villalobos (2019); Bossert y Villalobos (2020). Para otras explicaciones, véase también Madariaga and Rovira (2019); Cardoso (2020); Madariaga (2020); Peña (2020).

[126] CADEM (2020).

[127] Sobre el modo cómo la demanda del movimiento estudiantil influyó en el debate sobre las reformas políticas, véase Grugel and Nem Singh (2015); Donoso (2016).

[128] Dicha encuesta también muestra que las preferencias ciudadanas relativas al "rechazo" han crecido de modo significativo, y lo inverso ha ocurrido con las preferencias en torno al "apruebo". Si en enero del año 2022 un 56 % de los encuestados respondía que aprobaba la nueva Constitución que presentare la Convención Constitucional, el mayo del mismo año solamente un 35 % respondía de igual modo. El "rechazo", en tanto, sube de un 33 % a un 48 %. CADEM (2022a).

solamente con la desconfianza que se tiene contra los constituyentes (55 %), sino que, también, con desacuerdos respecto de las normas aprobadas (40 %) y algunas propuestas específicas como aquella vinculada con el derecho de propiedad (19 %), las normas relativas a la plurinacionalidad (18 %) y aquellas vinculadas con materias como el aborto y la eutanasia (13 %)[129].

Lo anterior nos lleva a pensar que varias de las normas más relevantes e innovadoras aprobadas por la Convención Constitucional, no son compartidas por una mayoría de la opinión pública. Por ejemplo, la idea de la plurinacionalidad no es ampliamente compartida por los encuestados (de esto no se sigue que no sea deseable, por supuesto), ya que un 74 % prefiere reconocer a una nación chilena multicultural en vez de establecer constitucionalmente la existencia de diversas naciones (idea aceptada solamente por un 20 % de los encuestados)[130]. Asimismo, un 67 % de los encuestados dice preferir un Estado unitario descentralizado y solo un 24 % acepta un modelo regional similar al aprobado por la Convención Constitucional. Respecto del diseño del Congreso, un 53 % prefiere mantener un órgano bicameral que incluya a una cámara de diputados y a un senado, y solo un 35 % se pronuncia a favor de un sistema donde la cámara territorial (que reemplaza al Senado) tenga funciones más acotadas. Respecto al sistema judicial, un 82 % prefiere mantener un poder judicial único, en circunstancias de que un 11 % acepta la creación de sistemas judiciales diferenciados (aunque puedan quedar, como lo hizo la Convención, bajo la jurisdicción de una corte suprema única y común). En materia de expropiaciones, un 63 % de los encuestados es partidario de que la indemnización se pague al contado y a precio de mercado, y solo un 25 % cree que la forma de pago deba ser determinada por una ley.

Todas las materias mencionadas en el párrafo precedente son especialmente relevantes porque ellas se refieren a aquellas propuestas donde la Convención innova de manera significativa respecto del sistema constitucional vigente. En muchas de ellas existe una contradicción entre las preferencias aceptadas por la Convención y la opinión pública[131]. Sin perjuicio de lo anterior, alguien podría objetar que, pese a que existe una discrepancia entre la opinión pública y la Convención Constitucional, lo relevante es examinar aquellas materias donde dicha opinión pública parece poseer preferencias más intensas, como ocurre en lo relativo a los derechos sociales. Después de todo,

[129] CADEM (2022a).

[130] CADEM (2022b). En adelante, todas las cifras provienen de esta encuesta.

[131] Por supuesto, también hay casos de normas que innovan donde la opinión pública no discrepa de lo hecho por la Convención. Ese es el caso, por ejemplo, de aquella norma que reemplaza la iniciativa exclusiva por otro mecanismo para ampliar la iniciativa legislativa de los parlamentarios. Esta idea parece ser apoyada por un 65 % de los encuestados. *Ibid*.

la demanda constituyente se vincula originalmente con dichos derechos. Sin perjuicio de ello, incluso en materia de derechos sociales se observan diferencias significativas. Por ejemplo, un 74 % de los encuestados prefiere elegir al administrador de sus cotizaciones de salud, y un 75 % también se manifiesta a favor elegir al administrador de las cotizaciones previsionales destinadas a financiar las pensiones. No obstante, en materia de salud, la Convención Constitucional aprobó normas que ponen en cuestión dichas preferencias al establecer un sistema nacional de carácter universal y público[132]. Aunque se permite la existencia de instituciones privadas, se sostiene que el sistema nacional se financiará a través de rentas generales de la nación y que las cotizaciones que el legislador establezca tienen un objeto único: "aportar solidariamente al financiamiento del sistema". Ello es incompatible con el derecho a elegir el administrador de las cotizaciones. Respecto al derecho a la seguridad social, la norma aprobada es menos concluyente. La Convención Constitucional dispuso la existencia de un sistema público, donde el Estado define la política, y se permite el establecimiento de cotizaciones obligatorias, aunque no se dice nada respecto del derecho de las personas a elegir el administrador, ni sobre la posibilidad de que existan instituciones privadas[133]. Sin perjuicio que de lo anterior no se sigue necesariamente que la Convención haya contradicho la opinión mayoritaria de la opinión pública, si ello se relaciona con el hecho de que la Convención rechazó la iniciativa popular que protegía los ahorros individuales de los cotizantes (esta fue la iniciativa que recibió un mayor número de patrocinios)[134], los que se administran por instituciones privadas e incluía el derecho a elegir el administrador de los ahorros, entonces puede concluirse que la Convención tampoco estuvo dispuesta a aceptar la preferencia mayoritaria basada en la propiedad sobre los fondos. Aunque ello no significa que la Convención haya desprotegido los derechos de propiedad, sí puede concluirse que la Convención no estuvo dispuesta a proteger un claro interés mayoritario en la opinión pública.

Recordemos que la versión tradicional de la teoría del poder constituyente ha sido utilizada en Chile para justificar la existencia del poder político del

[132] Véanse las normas aprobadas por el pleno, 278.- Artículo 14. Disponible en www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/05/CONSOLIDADO-NORMAS-APROBADAS-PROPUESTA-CONSTITUCIONAL-POR-EL-PLENO-DE-LA-CONVENCION-003.pdf [fecha de consulta: 10 de mayo de 2022].

[133] Véanse las normas aprobadas por el pleno, 277.- Artículo 13. Disponible en www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/05/CONSOLIDADO-NORMAS-APROBADAS-PROPUESTA-CONSTITUCIONAL-POR-EL-PLENO-DE-LA-CONVENCION-003.pdf [fecha de consulta: 10 de mayo de 2022].

[134] Véase la iniciativa "Con mi plata no. Defiende tus ahorros previsionales", la que recibió más de sesenta mil patrocinios. Chile Convención (2022).

pueblo para finalizar con la vigencia de la Constitución actual y reemplazarla por un nuevo orden constitucional definido de manera libre. La Convención Constitucional es el órgano colectivo que debiera haber canalizado la voluntad de dicho pueblo para generar contenidos constitucionales unitarios. Sin embargo, sabemos que la idea homogénea del pueblo, que incluye una voluntad unitaria y estable, es incompatible con sociedades modernas diversas y plurales, como ocurre con la chilena. Una alternativa, es que la Convención ignore dicha diversidad e imponga la que crea ser la voluntad del pueblo. Esta alternativa posee problemas normativos importantes identificados en la sección precedente. Una segunda alternativa, es que la Convención reconozca la diversidad de intereses presentes en la comunidad política, busque los puntos de encuentro y establezca las condiciones que permitan el gobierno democrático sostenible y competitivo de las generaciones presentes y futuras. Esta segunda alternativa supone abandonar la idea del poder constituyente en su versión tradicional.

La Convención, o una parte importante de la misma, prefiere justificar su actuar en torno a la idea del poder constituyente y de la representación de un ente llamado pueblo. Si ese es el intento, entonces la única manera operativa de hacer que la idea del pueblo tenga lugar, es asimilándolo con la idea de las mayorías. Ello no sería raro. Después de todo, el propio Emnanuel Sieyès argumentó a favor de la regla de mayoría como ideal que expresaba la igualdad política de todos los ciudadanos en su texto sobre "¿Qué es el Tercer Estado?". No obstante, para que ello sea posible, la Convención debiera ofrecer equilibrios políticos que logren identificar los balances adecuados de la sociedad chilena, tanto en su composición como en su actuar, y ofrecer canales que permitan expresarse a las mayorías. Ya vimos que ni su composición refleja los equilibrios políticos de la comunidad política chilena (sin perjuicio de la existencia de una representación descriptiva), por lo que la simple agregación de preferencias de los constituyentes fracasaría en ese objetivo. También vimos que los canales participativos han tenido límites importantes, y que el actuar de la propia Convención ha sido poco inclusivo y, en ocasiones, lejano o excluyente con las preferencias de la mayoría.

De lo anterior no se sigue que la Convención deba fracasar (ello dependerá del estándar de éxito que tengamos) ni que las mayorías deban imponerse en materia constitucional. Pero necesitamos una teoría diferente para justificar el actuar de la Convención y legitimar la Constitución que ella produzca. Los resultados óptimos en el ámbito constitucional se vinculan con los contenidos liberales y democráticos que permitan la manifestación e implementación de programas políticos rivales, y ese tipo de contenidos es más probable alcanzarlos mediante acuerdos políticos entre facciones rivales. Ni la teoría del poder constituyente ni el funcionamiento de la Convención han logra-

do expresar esos contenidos. Dicho de otro modo, la versión clásica de la teoría del poder constituyente es ciega respecto de los contenidos. De esta manera, la teoría fracasa como un estándar exclusivo de legitimidad, y la Convención es un buen ejemplo del modo como dicha teoría, cuando es aplicada en la práctica, puede mostrarse incapaz de habilitar algo así como la agencia política del pueblo, ni siquiera en su versión más plausible de contribuir a que las grandes mayorías se manifiesten. Por ello, es plausible sostener que el caso chileno es un buen ejemplo del poder constituyente impopular.

De nuevo, de lo anterior no debemos inferir que la Constitución que se produzca por parte de la Convención vaya a ser necesariamente ilegítima. Ello dependerá del modo como comprendamos la legitimidad. No obstante, de lo razonado hasta ahora sí puede desprenderse que la teoría del poder constituyente, en su dimensión normativa, es insuficiente desde una perspectiva democrática e inclusiva. Es más, como para dicha teoría los contenidos no serían relevantes, la idea de una Constitución que no refleje las preferencias colectivas de la comunidad o que, incluso, vaya en contra de estas, podría ser hasta aceptable. De allí que la teoría del poder constituyente, en los términos expresados en el caso chileno, pueda ser traducida como una teoría del constituyente impopular.

V. Conclusiones

Mila Versteeg demostró que numerosos procesos constituyentes generan contenidos constitucionales que no reflejan las preferencias populares al momento en que la Constitución es dictada. Con ello, cuestionó la plausibilidad de las teorías que utilizan al pueblo como factor de legitimidad de los cambios constitucionales, pese a que ella no vinculó su argumento con la teoría del poder constituyente. Atendido el modo como la teoría del poder constituyente en su versión clásica utiliza la idea del pueblo, su crítica también es aplicable a dicha teoría. Como, en definitiva, dicha teoría enfatiza los procedimientos que permiten la expresión del pueblo (normalmente en órganos representativos como una asamblea constituyente), la misma puede producir resultados contrarios a las preferencias que se observan en la opinión pública. Ello puede hacer que la teoría del poder constituyente facilite o no impida la generación de Constituciones total o parcialmente impopulares.

El proceso constituyente que ha tenido lugar en Chile es un buen ejemplo del modo cómo la teoría del poder constituyente se puede volver impopular. Dicho proceso ha sido protagonizado por una convención constitucional electa que no es representativa de los equilibrios político-formales de la sociedad chilena, y ha dictado algunos contenidos que parecen contradecir las preferencias mayoritarias de dicha sociedad. Aunque todavía no es posi-

ble ofrecer una evaluación integral del trabajo de la Convención Constitucional, las normas aprobadas hasta ahora, los problemas de su composición y representación, y los estudios de opinión pública existentes, sugieren que el caso chileno bien po0dría terminar siendo un ejemplo en que las demandas constituyentes que impulsaron el proceso de cambio constitucional terminen frustradas por un contenido constitucional que prestaba más atención a las agendas particulares de los colectivos predominantes en la Convención que a las demandas sociales que justificaron iniciar un cambio constitucional en un primer momento. Lo anterior ilustra el modo como la teoría del poder constituyente puede fracasar en describir y justificar una Constitución, aunque no excluye la posibilidad de ofrecer teorías normativas alternativas que puedan ser aplicadas en este caso. Sin perjuicio de que la nueva Constitución pueda justificarse con otras teorías alternativas, este último punto también debe considerar que la teoría del poder constituyente aspira a operar de modo excluyente con otros factores de legitimación al enfatizar exclusivamente la idea de que el pueblo posee una voluntad, que la Convención debe tomar decisiones sin mayores límites, y que la Constitución debe ser el resultado de dichas decisiones. Por ello, la utilización de teorías normativas alternativas implica desconocer un elemento esencial de la teoría del poder constituyente. En cualquier caso, lo anterior sugiere que debemos preguntarnos seriamente acerca de la conveniencia de abandonar dicha teoría.

Bibliografía

Achen, Christopher. and Larry Bartels (2017): *Democracy for Realists: Why Elections do not Produce Responsive Government* (Princeton, New Jersey, Princeton University Press).

Ackerman, Bruce (1991): *We the People. Foundations* (Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press).

Ackerman, Bruce (2000): *We the People: Transformations*, vol. 2 (Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press).

Ackerman, Bruce (2014) *We the People: The Civil Rights Revolution*, vol. 3 (Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press).

Ackerman, Bruce (2019): *Revolutionary Constitutions. Charismatic Leadership and the Rule of Law* (Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press).

Albert, Richard (2019): *Constitutional Amendments. Making, Breaking, and Changing Constitutions* (New York, Oxford University Press).

Alemparte, Benjamín and Joshua Braver (2021): "Constitutional Boot-strapping in Chile?". *Int'l J. Const. L. Blog*.

ALEXANDER, Larry and Lawrence SOLUM (2005): 'Popular? Constitutionalism?'. *Harvard Law Review*, vol. 118, pp. 1594-1641.

ARATO, Andrew (2009): "Redeeming the Still Redeemable: Post Sovereign Constitution Making". *International Journal of Politics, Culture, and Society*, vol. 22, pp. 427-443.

ARATO, Andrew (2015): "Beyond the Alternative Reform or Revolution: Post Sovereign Constitution-Making and Latin America". *Wake Forest Law Review*, vol. 50, pp. 891-920.

ARATO, Andrew (2016): *Post Sovereign Constitution Making: Learning and Legitimacy* (New York, Oxford University Press).

ARATO, Andrew (2017a): "Democratic Legitimacy and Forms of Constitutional Change". *Constellations*, vol. 24, pp. 447-455.

ARATO, Andrew (2017b): *The Adventures of the Constituent Power. Beyond Revolutions?* (New York, Cambridge University Press).

ATRIA, Fernando (2006): "Sobre la soberanía y lo político". *Derecho y Humanidades*, n.º 12, pp. 47-93.

ATRIA, Fernando (2013): *La Constitución tramposa* (Santiago, LOM Ediciones), 164 pp.

ATRIA, Fernando (2020): "Constituent Moment, Constituted Powers in Chile", *Law and Critique*, vol. 31, pp. 51-58.

ATRIA, Fernando, Constanza SALGADO y Javier WILENMANN (2017): *Constitución y neutralización. Origen, desarrollo y solución de la crisis constitucional* (Santiago, LOM Ediciones).

BARNETT, Randy E. (2014): 'We the People: Each and Every One'. *The Yale Law Journal*, vol. 123, pp. 2576-2614.

BASSA, Jaime, Pablo CONTRERAS, Domingo LOVERA y Fernando MUÑOZ (2020): "Definiendo las reglas de lo constituyente', en Jaime BASSA. *Proceso constituyente en Chile. Desafíos para una nueva Constitución* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 263-266.

BASSA MERCADO, Jaime (2008): "Notas para una teoría democrática del poder constituyente". *Nomos - Universidad de Viña del Mar*, n.º 1, pp. 41-70.

BASSA MERCADO, Jaime (2019): "Cómo constituir asamblea constituyente y nueva Constitución', en *La Constitución que queremos. Propuestas para un momento constituyente* (Santiago, LOM Ediciones), pp. 13-42.

BERNAL, Carlos (2013): "Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, pp. 339-357.

BERNAL, Carlos (2019): "Constitution-Making (without Constituent) Power. On the conceptual boundaries of the power to replace or amend the Constitution", in Richard ALBERT, Carlos BERNAL and Juliano Zaiden BENVINDO (eds.). *Constitu-*

tional change and transformation in Latin America (New York, Hart Publishing), pp. 21-49.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang (1997): "The Concept of the Political: A Key to Understanding Carl Schmitt's Constitutional Theory". *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, vol. 10, pp. 5-20.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang (2017): 'The Constituent Power of the People: A Liminal Concept of Constitutional Law', in Mirjam Künkler and Tine Stein (eds.). *Constitutional and Political Theory* (trad. Thomas Dunlap, Oxford, Oxford University Press), pp. 169-185.

Bossert, Thomas J. and Pablo Villalobos Dintrans (2020): "Health Reform in the Midst of a Social and Political Crisis in Chile, 2019-2020". *Health Systems & Reform*, vol. 6/1, 24.07.2020.

Brännström, Leila (2020): "The People: Ethnoracial Configurations, Old and New", in Matilda Arvidsson, Leila Brannstrom and Panu Minkkinen (eds.). *Constituent Power. Law, popular rule and politics* (Edinburgh, Edinburgh University Press), pp. 79-96.

Bunker, Kenneth (2018): "La elección de 2017 y el fraccionamiento del sistema de partidos en Chile". *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 9, n.° 2, pp. 202-225.

Cajas-Sarria, Mario Alberto (2017): "Judicial Review of Constitutional Amendments in Colombia: A Political and Historical Perspective, 1955-2016". *The Theory and Practice of Legislation*, vol. 5, No. 3, pp. 245-275.

Cardoso, Joao Vitor (2020): "Cambios socio-económicos y legitimación constitucional: camino hacia una nueva constitución en Chile". *Derecho y Crítica Social*, vol. 6, n.° 1, pp. 68-95.

Cazor Aliste, Kamel y Manuel Núñez Poblete (2021): "Principio democrático y nueva Constitución: Diagnóstico y propuestas para el proceso constituyente', en Asociación Chilena de Derecho Constitucional. *Tránsito Constitucional. Camino hacia una nueva Constitución* (Santiago, Tirant lo Blanch).

Chemerinsky, Erwin (2004): 'In Defense of Judicial Review: The Perils of Popular Constitutionalism'. *University of Illinois Law Review*, vol. 2004, No. 3, pp. 673-690.

Chia, Eduardo (2014, 14 de abril): "La presidenta del Tribunal Constitucional y su oposición a una nueva Constitución". *Red Seca*.

Chia, Eduardo y Flavio Quezada (2016, 25 de julio): "El Tribunal Constitucional y las reformas estructurales". *Red Seca*.

Colón-Ríos, Joel (2011a): "Carl Schmitt and Constituent Power in Latin American Courts: The Cases of Venezuela and Colombia". *Constellations*, vol. 18/3, pp. 365-388.

Colón-Ríos, Joel (2011b): "Notes on Democracy and Constitution-Making". *New Zealand Journal of Public and International Law*, vol. 9/1, pp. 17-42.

Colón-Ríos, Joel (2014): "Five Conceptions of Constituent Power". *Law Quarterly Review*, vol. 130, pp. 306-336.

Colón-Ríos, Joel (2016a): "Rousseau, Theorist of Constituent Power". *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 36/4, pp. 885-908.

Colón-Ríos, Joel (2016b): "Ecuador Under Correa". *Journal of Democracy*, vol. 27/3, pp. 109-118.

Colón-Ríos, Joel (2020): *Constituent power and the law* (New York, Oxford University Press).

Conaghan, Catherine (2011): "Ecuador. Rafael Correa and the Citizens Revolution", in Steven Levitsky and Kenneth Roberts (eds.). *The Resurgence of the Latin American Left* (Baltimore, The John Hopkins University Press), pp. 260-282.

Conaghan, Catherine (2014): "Constituent Power, the Rights of Nature, and Universal Jurisdiction". *McGill Law Journal*, vol. 60, No. 1, pp. 127-172.

Conaghan, Catherine (2016): "Ecuador under Correa". *Journal of Democracy*, vol. 27, No. 3, pp. 109-188.

Contreras, Pablo y Domingo Lovera (2015): "Proceso constituyente en Chile: El plebiscito como transición institucional". *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 16, n.º 2.

Contreras, Pablo, Domingo Lovera y Ernesto Riffo (2015): "Proceso (¿)Constituyente(?)". *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 23, pp. 69-91.

Corrias, Luigi (2016): "Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity". *European Constitutional Law Review*, vol. 12, n.º 1, pp. 6-26.

Cristi, Renato (1997): 'Carl Schmitt on Sovereignty and Constituent Power'. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 10, n.º 1, pp. 189-202.

Cristi, Renato (2000): "The Metaphysics of Constituent Power: Schmitt and the Genesis of Chile's 1980 Constitution". *Cardozo Law Review*, vol. 21, pp. 1749-1775.

Cristi, Renato (2011): *El pensamiento político de Jaime Guzmán. Una biografía intelectual* (Santiago, LOM Ediciones, segunda edición), 300 pp.

Cristi, Renato (2014): "Precisiones en Torno a la noción de poder constituyente', en *El constitucionalismo del miedo* (Santiago, LOM Ediciones), pp. 163-175.

Cruz, Facundo y Carlos Varetto (2019): "Crónica de un cambio anunciado. Las elecciones de 2017 en Chile frente al cambio de sistema electoral". *Estudios Políticos (Medellín)*, n.º 54, pp. 233-258.

Dixon, Rosalind (2018): "Constitutional Rights as Bribes". *Connecticut Law Review*, vol. 50, No. 3, pp. 16-60.

Dixon, Rosalind and David Landau (2015): 'Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13/3, pp. 606-638.

Dixon, Rosalind and David Landau (2021): *Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy* (New York, Oxford University Press).

Dixon, Rosalind y Sergio Verdugo (2021): "Los derechos sociales y la reforma constitucional en Chile: hacia una implementación híbrida, legislativa y judicial". *Estudios Públicos*, vol. 162, pp. 31-73.

Donoso, Sofía (2016): "Democratizing Force: The Political Impact of the Student Movement in Chile". *New Perspectives*, vol. 39, pp. 167-196.

Doyle, Oran (2019): "Populist constitutionalism and constituent power". *German Law Journal*, vol. 20, No. 2, pp. 161-180.

Duke, George (2020): "Inherent Constraints on Constituent Power". *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 40, No. 4, pp. 795-818.

Duke, George and Elisa Arcioni (2021): "Between Constituent Power and Constituent Authority". *Oxford Journal of Legal Studies,* vol. 42, No. 1, pp. 345-365.

Dyzenhaus, David (2007): "The Politics of the Question of Constituent Power", in Martin Loughlin and Neil Walker (eds.). *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form* (Oxfrod, Oxford University Press), pp. 129-145.

Dyzenhaus, David (2012): "Constitutionalism in an old key: Legality and constituent power". *Global Constitutionalism*, vol. 1, No. 2, pp. 229-260.

Elkins, Zachary, Tom Ginsburg and James Melton. (2014): 'The Content of Authoritarian Constitutions', in Tom Ginsburg and Alberto Simpser (eds.). *Constitutions in Authoritarian Regimes*(Cambridge, Cambridge University Press), pp. 141-164.

Elster, Jon (1995): "Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process". *Duke Law Journal*, vol. 45, pp. 364-396.

Escudero, María Cristina (2021): "Making a Constituent Assembly in Chile: The Shifting Costs of Opposing Change". *Bulletin of Latin American Research*, vol. 45, No. 2, pp. 364-396.

Fábrega, Jorge (2022): "Ordenamiento ideológico en la Convención Constitucional chilena". *Revista de Ciencia Política*, 2021, pp. 127-151.

Fábrega, Jorge, Jorge González and Jaime Lindh (2018): "Polarization and Electoral Incentives:The End of the Chilean Consensus Democracy,1990–2014". *Latin American Politics and Society*, vol. 60/4, pp. 49-68.

Fasel, R. (en prensa): "Constraining Constituent Conventions: Emmanuel-Joseph Sieyès and the Limits of Pouvoir Constituant'. *International Journal of Constitutional Law*.

Fermandois Vohringer, Arturo (2021): "Un proceso constituyente civilizado: las limitaciones del artículo 135 inciso final de la Constitución a la Convención Constitucional", en Asociación Chilena de Derecho Constitucional. *Tránsito*

Constitucional. Camino hacia una nueva Constitución (Santiago, Tirant lo Blanch), pp. 709-734.

Ferreres Comella, Víctor (en prensa): 'The Death of the Constituent Power'.

García-Jaramillo, Santiago y Francisco Gnecco-Estrada (2016): "La teoría de la sustitución: de la protección de la supremacía e integridad de la constitución, a la aniquilación de la titularidad del poder de reforma constitucional en el órgano legislativo". *Vniversitas*, vol. 65, n.º 133, pp. 59-104.

Geddes, Barbara (1996): "Initiation of New Democratic Institutions in Eastern Europe and Latin America", in Arend. Lijphart and Carlos H. Waisman (eds.). *Institutional Design in New Democracies. Eastern Europe and Latin America* (Boulder, Colorado, Westview Press), pp. 15-41.

Gill-Pedro, Eduardo (2020): "Claimins Human Rights: The Reflective Identity of the People", in Matilda Arvidsson, Leila Brannstrom and Panu Minkkinen (eds.). *Constituent Power. Law, popular rule and politics* (Edinburgh, Edinburgh University Press), pp. 132-147.

Goldoni, Marco (2012): 'At the Origins of Constitutional Review: Sieyès' Constitutional Jury and the Taming of Constituent Power'. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 32/2, pp. 211-234.

Grimm, Dieter (2009): *Sovereignty. The Origin and Future of a Political and Legal Concept* (New York, Columbia University Press).

Grimm, Dieter (2010): "The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World", in Petra Dobner and Martin Loughlin (eds.). *The Twilight of Constitutionalism?* (New York, Oxford University Press).

Grugel, Jean and Jewellord Nem Singh (2015): "Protest, citizenship and democratic renewal: the student movement in Chile". *Citizenship Studies*, vol. 19/3-4, pp. 353-366.

Gutierrez Cabas, Willy (2017): "El poder constituyente frente al poder constituido en la reforma y la interpretación constitucional boliviana". *Revista Jurídica Derecho*, vol. 6, n.º 7.

Jacobsohn, Gary Jeffrey (2006): "An Unconstitutional Constitution? A Comparative Perspective". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, No. 3, pp. 460-487.

Kalyvas, Andreas (2005): "Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power". *Constellations*, vol. 12, No. 2, pp. 223-244.

Kay, Richard (2011): "Constituent Authority". *American Journal of Comparative Law*, vol. 59, No. 3, pp. 715-761.

Kelsen, Hans (2000): "On the Essence and Value of Democracy [1927]", in Arthur Jacobson and Bernhard Schlink (eds.). *Weimar: A Jurisprudence of Crisis* (Los Angeles, University of California Press).

Khaitan, Tarunabh (2020): "Political Parties in Constitutional Theory". *Current Legal Problems*, vol. 73, No. 1?, pp. 1-37.

KHAITAN, Tarunabh (2021): "Balancing Accountability and Effectiveness: A Case for Moderated Parliamentarism". *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law*, vol. 7, pp. 81-153.

KLARMAN, Michael (1992): 'Constitutional Fact/Constitutional Fiction: A Critique of Bruce Ackerman's Theory of Constitutional Moments'. *Stanford Law Review*, vol. 44, No. 3, pp. 759-797.

KRAMER, Larry (2004): *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review* (New York, Oxford University Press).

KRONMAN, Anthony (1990): "Precedent and Tradition". *Yale Law Journal*, vol. 99, No. 5, pp. 1029-1068.

KUO, Ming-Sung (2019): "Between Fact and Norm. Narrative and Constitutionalisation of Founding Moments", in Richard ALBERT, Menaka GURUSWAMY and Nishchal BASNYAT (eds.). *Founding Moments in Constitutionalism* (New York, Hart Publishing), pp. 11-31.

LANDAU, David (2019): "Constituent Power and Constitution-Making in Latin America", in Hanna LERNER and David LANDAU (eds.). *Comparative Constitution-Making* (Cheltenham, Edward Elgar Press).

LAW, David (2016): 'Constitutional Archetypes'. *Texas Law Review*, vol. 95.

LAW, David and Mila VERSTEEG (2011): 'The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism'. *California Law Review*, vol. 99, No. 5, pp. 1163-1257.

LE FOULON, Carmen y Valeria PALANZA (2021): "Elecciones a la Convención Constituyente: innovación y renovación". *Puntos de Referencia - Centro de Estudios Públicos*, vol. 580.

LINDAHL, Hans (2007a): "Constituent Power and Reflective Identity: Towards an Ontology of Collective Selfhood", in Martin LOUGHLIN and Neil WALKER (eds.). *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form* (Oxford, Oxford University Press), pp. 9-24.

LINDAHL, Hans (2007b): "The Paradox of Constituent Power. The Ambiguous Self-Constitution of the European Union". *Ratio Juris*, vol. 20, No. 4, pp. 485-505.

LINDAHL, Hans (2016): "Constituent Power and the Constitution", in David DYZENHAUS and Malcolm THORBURN (eds.). *Philosophical Foundations of Constitutional Law* (Oxford, Oxford University Press), pp. 141-159.

LOUGHLIN, Martin (2014): 'The concept of constituent power'. *European Journal of Political Theory*, vol. 13, No. 2, pp. 218-237.

LOUGHLIN, Martin and Neil WALKER (eds.) (2007): *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form* (Oxford, Oxford University Press).

LUCCHESE, Filippo (2017): "Machiavelli and constituent power: The revolutionary foundation of modern political thought". *European Journal of Political Theory*, vol. 16, No. 1, pp. 3-23.

Luna, Juan Pablo (2016): "Chile's Crisis of Representation". *Journal of Democracy*, vol. 27, No. 3, pp. 129-138.

Luna, Juan Pablo and David Altman (2011): "Uprooted but Stable: Chilean Parties and the Concept of Party System Institutionalization". *Latin American Politics and Society*, vol. 53, No. 2, pp. 1-28.

Madariaga, Aldo (2020): *Neoliberal Resilience: Lessons in Democracy and Development from Latin America and Eastern Europe* (Princeton, Princeton University Press).

Madariaga, Aldo and Cristóbal Rovira Kaltwasser, C. (2019): "Right-Wing Moderation, Left-Wing Inertia and Political Cartelisation in Post-Transition Chile". *Journal of Latin American Studies*, vol. 52, No. 2, pp. 343-341.

Marshall Barberán, Pablo (2010): "La soberanía popular como fundamento del orden estatal y como principio constitucional". *Revista de Derecho (Valparaíso)*, n.º 35, pp. 245-286.

Mazo, Eugene (2019): "Path-Dependency in Soviet and Russian Constitution-Making", in Richard Albert, Menaka Guruswamy and Nishchal Basnyat (eds.), *Founding Moments in Constitutionalism* (New York, Hart Publishing), pp. 133-158.

Meléndez, Carlos, Cristóbal Rovira Kaltwasser y Javier Sajuria (2021): "Chile 2020: pandemia y plebiscito constitucional". *Revista de Ciencia Política*, vol. 41, n.º 2, pp. 263-290.

Mudde, Cas (2013): "Are Populists Friends or Foes of Constitutionalism?". *Policy Brief | The Foundation for Law, Justice and Society*. Disponible en www.fljs.org/are-populists-friends-or-foes-constitutionalism

Muñoz León, Fernando (2013): "Chile es una república democrática: la asamblea constituyente como salida a la cuestión constitucional". *Anuario de Derecho Público*, n.º 1, pp. 60-94.

Navia, Patricio and Sergio Verdugo (On file with author). "From Institutional Design to Expanding Rights: The Growing Support for a New Constitution in Chile, 1990-2018".

Negri, Antonio (1999). *Insurgencies: Constituent Power and the Modern State* (Minneapolis, University of Minnesota Press).

Negri, Antonio (2015): *El poder constituyente: ensayo sobre las alternativas de la modernidad* (trad. Simona Frabotta & Raúl Sánchez Cedillo, Madrid, Traficantes de Sueños).

Nogueira Alcalá, Humberto (2009): "Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional". *Ius Et Praxis*, vol. 15, n.º 1, pp. 229-262.

Núñez, Manuel (2021): "El proceso constituyente: Identidad constitucional y derecho internacional', en Sebastián López Escarcena (ed.). *Temas de derecho internacional para el diálogo constitucional chileno* (Santiago, Ediciones UC), pp. 15-37.

Oklopcic, Zoran (2014): "Three arenas of struggle: A contextual approach to the constituent power of 'the people' ". *Global Constitutionalism*, vol. 3, No. 2, pp. 200-235.

Oklopcic, Zoran (2018): *Beyond the People: Social Imaginary and Constituent Imagination* (Oxford, Oxford University Press).

Palma, Eric y María Francisca Elgueta (2020): *¿Quiere usted una Nueva Constitución?* (Santiago, RIL Editores).

Parau, Cristina E. (2013): 'The Dormancy of Parliaments: The Invisible Cause of Judiciary Empowerment in Central and Eastern Europe'. *Representation*, vol. 49, pp. 267-280.

Parker, Richard (1993): '"Here, the People Rule": A Constitutional Populist Manifesto'. *Valparaiso University Law Review*, vol. 27, No. 3, pp. 531-584.

Pasquino, Pasquale (2013): "Classifying Constitutions: Preliminary Conceptual Analysis". *Cardozo Law Review*, vol. 34, pp. 999-1019.

Peña, Carlos (2020): *Pensar el malestar. La crisis de octubre y la cuestión constitucional*. (Santiago, Taurus).

Poehls, Marianne y Sergio Verdugo (2022): "Auge y Caída de las Reformas Constitucionales Inconstitucionales en Chile. Comentario a las Sentencias del Tribunal Constitucional roles 9797-2020 y 10.774-2021". *Anuario de Derecho Público UDP*, pp. 263-288.

Post, Robert and Reva Siegel (2004): 'Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy'. *California Law Review*, vol. 92, No. 4, pp. 1027-1044.

Prieto, Marcela and Sergio Verdugo (2021): "How Political Narratives Affect the Self-Enforcing Nature of Interim Constitutions". *Hague Journal on the Rule of Law*, vol. 13, pp. 265-293.

Ragone, Sabrina y José Ignacio Núñez Leiva (2021): "Algunas coordenadas esenciales sobre la Convención Constitucional". *DCPE online*, vol. 1.

Ramírez Cleves, Gonzalo (2003): *Los límites a la reforma constitucional y las garantías - límites del poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).

Roznai, Yaniv (2013): "Unconstitutional Constitutional Amendments. The Migration and Success of a Constitutional Idea". *The American Journal of Comparative Law*, vol. 61, pp. 657-720.

Roznai, Yaniv (2017): *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers* (New York, Oxford University Press).

Rubinelli, Lucía (2019): 'How to think beyond sovereignty: On Sieyes and constituent power'. *European Journal of Political Theory*, vol. 18, No. 1, pp. 47-67.

Rubinelli, Lucía (2020): *Constituent Power: A History* (Cambridge, Cambridge University Press).

Salgado, Constanza, Domingo Lovera y Pablo Contreras (2021): "¿Límites de tratados internacionales al poder constituyente? Análisis del caso chileno'. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 19, n.º 4, pp. 1351-1384.

Salgado Muñoz, Constanza (2020): "El estallido social y el poder constituyente del pueblo de Chile', en Jaime Bassa Mercado (ed.). *Proceso constituyente en Chile. Desafíos para una nueva Constitución*(Santiago, Thomson Reuters), pp. 53-74.

Schmitt, Carl (2008): *Constitutional Theory* (trad. Jeffrey Seitzer, Durham, Duke University Press), 468 pp.

Serey Torres, Gonzalo (2021): "¿Qué tipo de poder constituyente redactará la Constitución chilena? Hacia un concepto de poder constituyente en un proceso democrático", en Asociación Chilena de Derecho Constitucional (cord.). *Tránsito constitucional. Camino hacia una nueva Constitución* (Santiago, Tirant lo Blanch), pp. 693-708.

Siavelis, Peter M. (2016): "Crisis of Representation in Chile? The Institutional Connection". *Journal of Politics in Latin America*, vol. 8, No. 3, pp. 61-93.

Sièyes, Emmanuel-Joseph (2014): 'What is the Third State', in Oliver W. Lembcke and Florian Weber (eds.). *The Essential Political Writings* (trad. Michael Sonenscher, Leiden, Editorial Brill), pp. 43-117.

Stacey, Richard (2011): "Constituent power and Carl Schmitt's theory of constitution in Kenya's constitution-making process". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, No. 3-4, pp. 587-614.

Sultany, Nimer (2017): *Law and Revolution. Legitimacy and Constitutionalism After the Arab Spring* (Oxford, Oxford University Press).

Sunstein, Cass. (2006): "Burkean Minimalism". *Michigan Law Review*, vol. 105, No. 2, pp. 353-408.

Tschorne, Samuel (2020): "Las claves conceptuales del debate constitucional chileno: poder constituyente, legitimidad de la Constitución y cambio constitucional". *Estudios Públicos*, vol. 160, pp. 81-117.

Tushnet, Mark (2006): 'Popular Constitutionalism as Political Law'. *Chicago-Kent Law Review*, vol. 81/3, pp. 991-1006.

Tushnet, Mark (2008): *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare in Comparative Constitutional Law* (Princeton, Princeton University Press).

Tushnet, Mark (2020): *Taking Back the Constitution. Activist Judges and the Next Age of American Law* (New Haven, Yale University Press).

Varol, Ozan O. (2016): "Constitutional Stickiness". *University of California, Davis Law Review*, vol. 49, pp. 899-961.

Venegas Maingón, Alejandro y Verónica Hernández Muñoz (2019): "Análisis de los límites del poder constituyente". *Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia*, vol. 5, n.º 13, pp. 41-63.

Verdugo, Sergio (2017): "Birth and Decay of the Chilean Constitutional Tribunal (1970-1973). The Irony of a Wrong Electoral Prediction". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, No. 2, pp. 469-494.

Verdugo, Sergio (2019a): "On the Protests and Riots in Chile: Why Chile Should Modify its Presidential System". *Int'l J. Const. L. Blog*.

Verdugo, Segio (2019b): 'The Role of the Chilean Constitutional Court in times of Change', in Richard Albert, Carlos Bernal and Juliano Zaiden Benvindo (eds.). *Constitutional Change and Transformation in Latin America* (London, Hart Publishing).

Verdugo, Segio (2020): "Chile's New Constitutional Experiment". *Quaderni Costituzionali*, vol. 4, pp. 842-845.

Verdugo, Segio (2022): "Is it time to abandon the theory of constituent power?". *International Journal of Constitutional Law*, pp. 63.

Verdugo, Sergio y Marcela Prieto (2021): "The dual aversion of Chile's constitution-making process". *International Journal of Constitutional Law*. vol. 19, No. 1.

Versteeg, Mila (2014): 'Unpopular Constitutionalism'. *Indiana Law Journal*, vol. 89, pp. 1133-1190.

Versteeg, Mila and David Law, D.S. (2014): 'Constitutional Variation Among Strains of Authoritarianism', in Tom Ginsburg and Alberto Simpser (eds.). *Constitutions in Authoritarian Regimes* (Cambridge, Cambridge University Press), pp. 165-195.

Villalobos Dintrans, Pablo (2019): "Why Health Reforms Fail: Lessons from the 2014 Chilean Attempt to Reform". *Health Systems & Reform*, vol. 5, No. 2, pp. 134-144.

Vinx, Lars (2013): 'The incoherence of strong popular sovereignty". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, No. 1, pp. 101-124.

Vinx, Lars (2018): "Ernst-Wolfgang Böckenförde and the politics of constituent power". *Jurisprudence*, vol. 10, No. 1, pp. 15-38.

Vinx, Lars (2020): "Are there inherent limits to constitutional amendment? An analysis of Carl Schmitt's argument", in Matilda Arvidsson, Leila Brannstrom and Panu Minkkinen (eds.). *Constituent Power. Law, popular rule and politics* (Edinburgh, Edinburgh University Press), pp. 61-76.

Wittrock, Jon (2020): "Constituent Power and Constitutive Exceptions: Carl Schmitt, Populism and the Consummation of Secularisation", in Matilda Arvidsson, Leila Brannstrom and Panu Minkkinen (eds.). *Constituent Power. Law, popular rule and politics* (Edinburgh, Edinburgh University Press), pp. 199-214.

Sentencias judiciales citadas

Corte Constitucional de Colombia (2003): C-551-03, 9 de julio de 2003.

Corte Constitucional de Colombia (2010): C-141-10, 26 de febrero de 2006.

Corte Constitucional de Ecuador (2021): 5-20-RC, 23 de junio de 2021.

Corte Suprema de Justicia de Venezuela (1999): 17-1999, 19 de enero de 1999.

Suprema Corte de El Salvador (2021): 1-2021, 3 de septiembre de 2021.

Tribunal Constitucional de Chile (1973): Rol 15-1973, 30 de mayo de 1973.

Tribunal Constitucional de Chile (1987): Rol 46-1987, 27 de marzo de 1987.

Tribunal Constitucional de Chile (2020): Rol 9797-2020, 30 de diciembre de 2020.

Tribunal Constitucional de Ecuador (2007): 008-07, 24 de julio de 2007.

Tribunal Constitucional de Ecuador (2017): 0043-17-TC, 3 de marzo de 2008.

Tribunal Constitucional de Ecuador (2008): 43-07-TC, 3 de marzo de 2008.

Tribunal Constitucional de Perú (2021): 890-2021, 6 de abril de 2021.

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia (2017): 0084/2017, 28 de noviembre de 2017.

Otras fuentes

CADEM (2020): Estudio monitoreo posplebiscito 2020. Disponible en www.cadem.cl/wp-content/uploads/2020/10/Post-Plebiscito-VF.pdf [fecha de consulta: 25 de octubre 2020].

CADEM (2022a): Encuesta Plaza Pública. Primera semana de mayo. Disponible en https://cadem.cl/estudios/plaza-publica-434-13-puntos-separan-esta-semana-al-rechazo-48-del-apruebo-35-en-el-plebiscito-de-salida/ [fecha de consulta: 10 de mayo de 2022].

CADEM (2022b): La opinión pública frente a las propuestas constitucionales. Disponible en https://cadem.cl/wp-content/uploads/2022/03/Especial.-Contenidos-Constitucionales-VF.pdf [fecha de consulta: 10 de mayo de 2022].

Chile Convención (2022): Iniciativa popular de norma. Disponible en https://plataforma.chileconvencion.cl/m/iniciativa_popular/ [fecha de consulta: 10 de mayo de 2022].

Convención Constitucional (2022): Comunicado sobre iniciativas populares de norma: el 91,5 % de las propuestas llegó al borrador de la Nueva Constitución. 5 de mayo de 2022.

Insulza, José, Cristián Warken *et al.* (2021): "Apoyo y resguardo de la Convención Constitucional". 10 de junio de 2021. Disponible en https://static.emol.cl/emol50/documentos/archivos/2021/06/11/2021061112336.pdf [fecha de consulta: 10 de mayo de 2022].

Ogalde, Juan (2022): Informe Final Participación y Consulta Indígena. Convención Constitucional. Disponible en www.cconstituyente.cl/comisiones/verDoc.aspx?prmID=2636&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION [fecha de consulta: 10 de mayo de 2022].

Palma González, Eric (2021): "Fuera los 2/3 de la Convención y de la nueva Constitución. 3 de junio de 2021. Disponible en https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/columnas/2021/06/03/fuera-los-2-3-de-la-convencion-y-de-la-nueva-constitucion/ [fecha de consulta: 10 de mayo de 2022].

Red Digital (2021):"Vocería de los pueblos: 34 Constituyentes reafirman soberanía de la Convención Constitucional", 6 de septiembre de 2021. Disponible en: https://reddigital.cl/2021/06/09/voceria-los-pueblos-34-constituyentes-reafirman-soberania-la-convencion-constitucional/ [fecha de consulta: 10 de mayo de 2022].

Servicio Electoral (2021): Último boletín público y solemne de resultados preliminares de las elecciones 2021 para constituyentes generales de Pueblos Indígenas, 16 de mayo de 2021. Disponible en: https://www.servel.cl/wp-content/uploads/2021/05/4_Boletin_Detalle_Eleccion_otros_Pueblos.pdf [fecha de consulta: 10 de mayo de 2022].

LOS CASOS DE "RENTAS VITALICIAS" Y LA CONSOLIDACIÓN DE LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD COMO AMPARO DE DERECHOS CONTRA ACTOS DEL LEGISLADOR

THE "ANNUITIES" CASES AND THE STRENGTHENING OF THE INAPLICABILITY ACTION AS A PROTECTION OF RIGHTS AGAINST THE LEGISLATOR

Catalina Salem Gesell[*]

Resumen: El artículo busca demostrar cómo la acción de inaplicabilidad ha evolucionado desde su origen, perfeccionándose como una acción de amparo de derechos fundamentales contra actos del legislador. Explica que, en su diseño institucional, los constituyentes de distintas épocas han buscado que la inaplicabilidad asegure una adecuada separación de poderes del Estado y, al mismo tiempo, garantice los derechos fundamentales de las personas. En este sentido, postula que en el objeto procesal de la acción se halla el corazón mismo del constitucionalismo: la limitación del poder como condición necesaria para asegurar la libertad y los derechos de los gobernados. Los casos de "rentas vitalicias" consolidan esta doctrina, que culmina con casi cien años de desarrollo jurisprudencial.

Palabras claves: Tribunal Constitucional, inaplicabilidad, amparo de derechos.

[*] Doctoranda en Derecho (PUC). Magíster en Derecho LLM-UC, mención en Derecho Constitucional (PUC). Investigadora del Centro de Justicia Constitucional, UDD. Becaria Programa de Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, CONICYT-PFCHA/Doctorado Nacional/2018-21180819. Correo electrónico: c.salem@udd.cl

Abstract: The article argues that the inapplicability action has perfected its tutelar nature against legislative acts. The inapplicability has emerged as a successful mechanism to limit power in favor of the people's rights. The "rentas vitalicias" cases are discussed to prove this assertion: the check on the legislative branch goes further than reviewing a specific legal provision because it can also extend to procedural defects. This premise assures power limitation as a condition to people's freedom.

Keywords: Constitutional Court, inapplicability, procedural defect.

I. Introducción

El constitucionalismo, en cuanto movimiento histórico que busca consagrar en textos escritos y solemnes, la limitación del poder y la garantía de los derechos y libertades de las personas, ha proveído a las Constituciones chilenas de variadas instituciones jurídicas para asegurar estos postulados.

Una de dichas instituciones es la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. En la actualidad, esta consiste en la atribución que tiene el Tribunal Constitucional de declarar inaplicable, para un caso concreto en actual conocimiento de un tribunal ordinario o especial, un precepto legal contrario a la Constitución Política.

Esta acción ha sido una de las más longevas de la historia constitucional chilena. Durante ochenta años conservó su estructura institucional sin variaciones, hasta que el año 2005 fue sustancialmente modificada. Su diseño actual responde a esas ocho décadas precedentes de una búsqueda constante de identidad en el sistema de controles del Estado constitucional de derecho.

En este artículo se postula que la inaplicabilidad, en cuanto garantía especial del principio de supremacía constitucional, cumple una doble función: asegurar el respeto al principio de separación de funciones y resguardar los derechos y libertades de las personas. La extensión de su función la erige como un verdadero amparo contra actos del legislador que se materializan en preceptos legales que contienen enunciados normativos, aun cuando tales enunciados no hayan sido elaborados en la forma prescrita por la Constitución. De esta manera, la inaplicabilidad permite conectar los denominados "vicios formales" de inconstitucionalidad de la ley, con su carácter concreto. Este último se manifiesta en una vulneración de derechos fundamentales, que puede ser constatada por el juez constitucional en las circunstancias concretas que rodean el caso de la gestión judicial pendiente que le sirve de fundamento.

Para probar este aserto, se desarrolla una breve síntesis del origen y la evolución de la acción de inaplicabilidad, para luego articularla con la doctrina contenida en las sentencias que recayeron en diversos requerimientos de inaplicabilidad dirigidos contra determinados incisos de la Ley n.º 21330. Este cuerpo normativo modificó la Constitución Política de la República para permitir un tercer retiro de fondos previsionales, además de autorizar a los pensionados y beneficiarios de rentas vitalicias para obtener un anticipo con cargos a sus futuras pensiones.

Las alegaciones ventiladas en los procesos correspondían a dos grupos distintos de infracciones constitucionales: vicios de procedimiento en la formación de la ley y la vulneración de derechos fundamentales. En consecuencia, esta línea jurisprudencial servirá para ilustrar la culminación de un proceso acumulativo en la configuración actual de la acción de inaplicabilidad.

II. Origen y evolución de la acción de inaplicabilidad

1. Primera etapa: entre el aseguramiento de la separación de poderes y la garantía de los derechos constitucionales

La acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad fue el primer mecanismo de control jurisdiccional de la ley en Chile. Este fue instituido en el artículo 86, inciso segundo, de la Constitución de 1925, quebrando con una larga tradición republicana que había confiado al propio legislador la garantía de la Constitución[1].

La redacción de la Constitución de 1925 estuvo precedida por una fuerte disputa entre el Presidente de la República y el Congreso Nacional. Los conflictos entre ambos se iniciaron hacia la segunda etapa de vigencia de la Constitución de 1833, cuando el Poder Legislativo comenzó a abrazar prácticas propias de los sistemas parlamentarios, pero bajo una forma de gobierno presidencial.

La guerra civil de 1891 consolidaría el debilitamiento de la figura presidencial y, como contrapartida, el fortalecimiento del Parlamento. Sin embargo, con el transcurso de los años, el sistema político se volvió ingoberna-

[1] Bajo las Constituciones de 1828 y 1833, el control de constitucionalidad de la ley la realizaba el mismo Parlamento y, durante su receso, la llamada Comisión Permanente, que luego se denominó Comisión Conservadora. Infante (2020), p. 571. También Verdugo (2016), pp. 927-928. Se trataba de un control de tipo político que seguía el modelo francés de control de constitucionalidad de la ley. Henríquez (2014), pp. 160-161.

ble. En 1924 una asonada militar permitiría al presidente Arturo Alessandri Palma reformar la Constitución de 1833, someter dicho cambio a plebiscito[2] y dar inicio a un nuevo ciclo constitucional.

En este contexto de restauración del sistema presidencial, el constituyente de 1925 buscó poner término a los abusos del Poder Legislativo mediante el diseño de instituciones que funcionaran como límites al exceso de poder. Dentro de este marco, el sometimiento del Parlamento a la Constitución aparecía como un mínimo indispensable. Sin embargo, la fórmula específica para garantizar la supremacía constitucional debió hacerse cargo de al menos dos premisas que se encontraban muy arraigadas en la tradición jurídica chilena.

La primera, tributaria de la herencia francesa, consistía en la comprensión estricta del principio de separación de poderes. Bajo ella, ningún poder estaba por sobre el otro y, en consecuencia, no podía revisar los actos del otro poder[3]. Asimismo, la vulneración a la Constitución se concebía como la violación al principio de separación de poderes[4]. Por lo mismo, resultaba complejo escindir este último del principio de supremacía constitucional.

El artículo 164 de la Constitución de 1833 normativizaba esta idea proclamando que solo al Congreso le correspondía, ley mediante, resolver las dudas sobre la inteligencia de los artículos constitucionales. En consecuencia, a los jueces solo les tocaba interpretar la ley ordinaria, juzgar conforme a ella, sin dejar de aplicarla por causa de inconstitucionalidad[5]. Proceder en contrario, los situaba como jueces del Congreso Nacional, lo que estaba proscrito[6, 7].

La segunda premisa se sustentaba en la infalibilidad del legislador. Esto es, que al ser la ley una declaración de la voluntad soberana, al provenir del mismo soberano, carecía de yerros[8]. Su expresión normativa se atribuía al artículo 1.° del *Código Civil*, de modo tal que los jueces no solo se encontraban en la obligación de aplicar la ley, sino que, además, de hacerlo en su literalidad[9].

---

[2] Carrasco (1983), pp. 69-75; Correa (2015), p. 60.

[3] Ballesteros (1890), p. 19.

[4] Henríquez (2014), p. 152.

[5] Carrasco (1874), p. 198.

[6] Huneeus (1891), pp. 238-239.

[7] También, el artículo 4.° de la Ley Orgánica de Tribunales, de 15 de octubre de 1875, prohíba al Poder Judicial inmiscuirse en las atribuciones de otros poderes públicos y ejercer otras funciones que las que le entrega la misma Constitución. Ballesteros (1890), p. 19 y ss. Huneeus (1891), p. 241.

[8] Esta idea se remonta a Jean-Jacques Rousseau, para quien la ley era la expresión de la voluntad general, y como tal no podía ser nunca injusta, porque nadie lo es consigo mismo. Rousseau (1978), pp. 48-51.

[9] Bello (1885), p. 202. Letelier (1917), p. 650.

Ambas premisas condujeron al constituyente de 1925 a buscar una fórmula que, sin romper con la tradición francesa, introdujera algún tipo de control de constitucionalidad de la ley. El modelo que se tuvo a la vista fue el sistema estadounidense del *judicial review*[10], pero cuyos elementos debieron acoplarse y acomodarse a una concepción fuerte de Estado legislador.

Por ello, en las deliberaciones que se produjeron en el seno de la Subcomisión de Reforma que lideraba Arturo Alessandri, se estimó que la Corte Suprema –no los jueces– debía ser el órgano encargado del control de constitucionalidad de la ley. No obstante, el diseño específico de la institución no debía poner a la Corte como tribunal del Poder Legislativo[11] ni del Ejecutivo, debiendo siempre conservar un papel pasivo y no activo[12]. Es decir, no podía quedar investida de una autoridad superior a los demás poderes públicos[13].

La fórmula a la que se arribó para compatibilizar el principio de separación de poderes y el de supremacía constitucional fue que la acción quedaría vinculada a casos concretos y determinados respecto de los cuales se podría declarar inaplicable, para ese caso, cualquier precepto legal contrario a la Constitución. De esta forma, se buscaba evitar conflictos entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial, descartándose que este último pudiera declarar con efectos generales la inconstitucionalidad de la ley [14, 15]. Con este criterio se mantenía incólume la voluntad legislativa, preservando su infalibilidad, para todos los demás casos que no fueran objeto de una inaplicabilidad.

Así, siguiendo los postulados del *judicial review*, la inaplicabilidad era una acción especial para la resolución de un conflicto de normas de distinta jerarquía; esto, con el objetivo de delimitar el estatuto legal sobre la base del cual debía resolver el juez de la gestión pendiente, cuando era necesario prescindir de un precepto legal por ser contrario a la Constitución. Sin embargo, la tradición francesa llevó a acomodar estos postulados a una determinada concepción del principio de separación de funciones y de la ley como expresión de la voluntad soberana. Por ello, el control se concentró en un solo órgano y con efectos limitados al caso particular en que el precepto legal había de tener aplicación.

---

[10] Ministerio del Interior (1925), p. 81; Guerra (1929), p. 457; Marshall (1947), p. 95; Actas Oficiales de la Comisión Constituyente (1976), sesión n.º 285ª, p. 141; Cumplido (1999), p. 99; Cea (1998/1999), p. 19; Precht (1999), p. 133; Ríos (2005a), pp. 76-77; Pica (2012), p. 23.

[11] Ministerio del Interior (1925), p. 81.

[12] *Op. cit.*, p. 254.

[13] *Op. cit.*, p. 366.

[14] *Ibid.*

[15] Guerra (1929), p. 459.

La condensación de estas dos corrientes teóricas hizo mella en el funcionamiento de la inaplicabilidad. La Corte Suprema, fiel a la voluntad de los redactores de la Constitución de 1925, buscó conciliar estas dos "almas" que convivían en su diseño institucional: buscó asegurar el principio de separación de poderes, limitando el ejercicio de la acción a aquellos casos en que tal postulado no se pusiera en jaque y entendió a la inaplicabilidad como un verdadero amparo de derechos fundamentales, encausándola en este aspecto como una atribución en esencia judicial y no política.

En la jurisprudencia, el aseguramiento del principio de separación de poderes tuvo dos manifestaciones. Respecto a la primera, la Corte Suprema negó conocer por la vía de la inaplicabilidad los denominados "vicios de forma" de la ley y, la segunda, dibujó los contornos de esta acción a fin de no inmiscuirse en las atribuciones del juez de la gestión pendiente en la que el precepto legal debía tener aplicación. Esto último, denotaba una característica diferenciadora de la inaplicabilidad en comparación a los demás recursos judiciales.

Respecto de los vicios de forma de la ley, la Corte Suprema entendió que afectaba la existencia misma de la norma jurídica, por no haber sido manifestada en la forma prescrita por la Constitución, siguiendo la nomenclatura del artículo 1.° del *Código Civil*. Este hecho podía ser constatado por cualquier tribunal de justicia[16]. En cambio, la inaplicabilidad importaba:

> "Un conflicto entre dos normas que impone en cierto modo a la autoridad encargada de declararla el deber de enfrentarse a los poderes legisladores del Estado para rectificar o enervar su obra en un caso especial. De ahí que se llama a conocer del recurso solamente a la Corte Suprema"[17].

La inaplicabilidad se concebía como un mecanismo extraordinario de control que debía ser interpretado de forma restrictiva con el objetivo de no invadir las funciones básicas de otro poder del Estado, entre ellas, cómo se había ejercido procedimentalmente una determinada atribución[18].

Por otra parte, la Corte Suprema usó la inaplicabilidad para reforzar las propias atribuciones jurisdiccionales, ya sea de los jueces del fondo o de la misma Corte Suprema. Lo primero fue salvaguardado en la jurisprudencia, caracterizándola como un control "meramente jurídico y abstracto" de

[16] De Castro (1932), c. 6.°, pp. 42-43. Otros casos: Rodríguez (1939); González (1945); Melossi (1956); Compañía Frigoríficos de Magallanes S.A. (1963); Caja de Empleados Particulares (1964). También lo entendió de esta forma la Corte de Apelaciones de Santiago: Banco Alemán Transatlántico (1965).

[17] Richards (1950), c. 9.°, p. 542.

[18] Caja de Previsión de la Marina Mercante Nacional (1965), p. 109.

normas, es decir, "que no puede descender hasta el estudio de los hechos ni las probanzas del pleito"[19], dejando:

> "Intactas en los tribunales de la instancia, sus privativas facultades para proseguir en su tramitación y apreciar con soberano criterio los hechos de la causa, a la luz de la prueba rendida por los interesados para establecerlos; todo lo cual conduce necesariamente a reconocer que no está en las facultades de este Tribunal, conociendo semejante recurso, entrar a la apreciación y establecimiento de los hechos del pleito, toda vez que ellos pudieran ser estimados y fijados con distinto criterio por sus jueces naturales"[20].

En cuanto a lo segundo, esto es, las atribuciones de la propia Corte Suprema, el máximo tribunal usó la acción para defenderlas. Así, se declararon inaplicables en varias oportunidades aquellos preceptos legales que restringían o vulneraban sus atribuciones constitucionales[21].

Una consecuencia de concebir a la inaplicabilidad como un mecanismo que introducía una excepción al principio de separación de funciones, fue que la jurisprudencia de la Corte trató de vestirla con un ropaje judicial que permitiera alejarla del conflicto político que suponía, a saber, ser un control a otro poder del Estado. En efecto, tal como se señaló, la inaplicabilidad enfrentaba a la Corte Suprema con el Poder Legislativo, lo que tenía una dimensión política que fue morigerada por el constituyente de 1925, limitando los efectos de la acción a los casos concretos respecto de los cuales se dedujera.

En esta línea, la identidad judicial de la inaplicabilidad fue lograda en gran medida desarrollando su carácter "singular" o "concreto", es decir, su carácter vinculado a un caso determinado para decidir la normativa aplicable a su resolución, con efectos para ese específico caso. Por lo mismo, la Corte entendió que los únicos preceptos legales que podían ser declarados contrarios a la Constitución eran los que ofendían derechos particulares deducidos en el juicio pendiente, "siempre que se trate de aquellos derechos que la Constitución protege especialmente colocándolos en la categoría de inmutables"[22]. Con ello, una vez más, se descartaba conocer de los vicios de forma y de cualquier otro que no se fundara en la parte dogmática de la Constitución.

---

[19] Duncker (1933), c. 7.°, p. 295.

[20] *Ibid*. En el mismo sentido: Curtze y otros (1941); Vicuña (1964).

[21] Sociedad Industrial y Ganadera de Magallanes (1953); Superintendencia de Abastecimientos y Precios (1954); Japit (1954); Dvoredsky (1955); Sociedad Agrícola y Ganadera "José Montes" (1955); Josseau (1956); Elgueta (1958); Duncker (1965); Goycolea (1965); Banco Nacional del Trabajo (1966a); Banco Nacional del Trabajo (1966b).

[22] De Castro (1932), cc. 12.°-13.°, p. 43.

La inaplicabilidad se consolidó, de esta manera, como un correctivo a los "desvaríos" del Parlamento, dando seguridad a los ciudadanos que sus garantía y libertades reconocidas en la Carta Fundamental, no podrían ser desconocidas por las leyes[23].

2. Segunda etapa: la consolidación de la inaplicabilidad como amparo de derechos fundamentales

El modelo institucional escogido por los redactores de la Constitución de 1925, sería replicado por aquellos redactores de la Carta de 1980[24], por cuanto compartían los mismos fundamentos teóricos que se explicaron. De esta manera, se rechazó la idea que mediante la inaplicabilidad se pudiera invalidar la ley con efectos generales, por escapar a la función propia del Poder Judicial, esto es, resolver casos concretos de que esté conociendo o le sean requeridos mediante la inaplicabilidad[25,26]. Por igual razón se rechazó que la Corte Suprema pudiera conocer de los vicios de forma de la ley, lo que supondría su politización, prefiriéndose que fuera el Tribunal Constitucional el órgano encargado de su control de constitucionalidad[27].

Ante este escenario, la Corte Suprema profundizó su jurisprudencia previa, reforzando el carácter abstracto y singular de la inaplicabilidad. Con ello, la inaplicabilidad se consolidaría como un amparo de derechos contra el legislador, que no comprendía los vicios de forma. Pronunciarse sobre estos últimos significaba evaluar la manera cómo los poderes Ejecutivo y Legislativo ejercían sus propias facultades en la formación de la ley[28]. Esto último interesaba a todos los ciudadanos por igual y no solo a las personas afectadas en sus derechos, razón por la cual, escapaba al objeto de la acción cuyos efectos se limitaban a los "casos particulares"[29].

La fidelidad al principio de separación de poderes y su vocación judicial protectora de derechos en los casos concretos, se convertirían en una camisa de fuerza que impediría a la inaplicabilidad, entre otros factores, consolidarse como un mecanismo efectivo de garantía de la Constitución.

---

[23] Estévez (1942), p. 40.

[24] Solo se introdujeron dos matices: la posibilidad que la Corte Suprema pudiera suspender el procedimiento del juicio pendiente; y el reemplazo de esta última voz por 'gestión'.

[25] Actas Oficiales de la Comisión Constituyente (1976), sesión n.° 285ª, p. 127.

[26] *Op. cit.*, (1977), sesión n. 287ª, pp. 164-165.

[27] Actas del Consejo de Estado (1979), sesión n.° 86ª, p. 2.

[28] Sociedad Agrícola y Maderera Neltume Limitada (1985), c. 6.°, p. 12. En el mismo sentido: Compañía Minera Tamaya S.A. (1995).

[29] Sociedad Agrícola y Maderera Neltume Limitada (1985). En el mismo sentido: Bunster (1987), c. 4.°, p. 26; Zúñiga (1988).

Con este diagnóstico, el año 2005 la inaplicabilidad sería reformada. Desde el punto de vista orgánico, su conocimiento sería una atribución del Tribunal Constitucional; y desde la perspectiva funcional, su objeto sería reformulado a un control concreto de constitucionalidad de la ley. Este último se diferenciaba del control abstracto que había desarrollado la Corte Suprema, ya que consideraba las particularidades del caso concreto en que la acción se interponía para analizar su constitucionalidad[30]. De esta forma, en el análisis a efectuar se debía considerar la norma constitucional; el precepto legal cuya inaplicación se solicita y el examen particular acerca de si, en ese caso, la aplicación del precepto impugnado produce efectos inconstitucionales[31].

Con esta idea, un precepto podía ser constitucional en abstracto, pero inconstitucional si se aplicaba a un caso concreto, con ocasión de las particularidades de este último. Y en el caso de que fuera inconstitucional en abstracto, y así se constatara en una sentencia previa de inaplicabilidad, quedaba abierta la vía para que, mediante acción pública o de oficio, se invalidara esa ley con efectos generales, ejerciendo la nueva acción de inconstitucionalidad que quedaría consagrada en el artículo 93 n.º 7 de la Constitución.

Tras la reforma, el Tribunal Constitucional declaró que el control concreto no excluía los vicios de forma de la ley, marcando una importante distancia con la Corte Suprema. En el análisis de las infracciones procedimentales, explicó, la relevancia del caso concreto decaía, y la inaplicabilidad adquiría una dimensión general[32]. Sin embargo, la convivencia en una misma acción de un control concreto de constitucionalidad y otro de naturaleza abstracta, ha sido un punto muy discutido por la doctrina, por cuanto los vicios de procedimiento serían incompatibles con el análisis casuístico que supone la inaplicabilidad. En esta última sede no existiría una relación de causalidad entre las infracciones al procedimiento de formación de la ley y las circunstancias concretas que determinan la aplicación inconstitucional de un precepto legal[33].

Entonces, ¿por qué el Tribunal Constitucional extiende su competencia al control de los vicios formales de la ley cuando conoce de una acción de inaplicabilidad?

---

[30] Ríos (2005b), p. 639; Silva y Silva (2007), p. 370.

[31] Requerimiento de inaplicabilidad artículo 416 del Código Penal, rol n.º 478 (2006), c. 15.

[32] Requerimiento de inaplicabilidad del artículo 96 del Código de Minería, rol n.º 741 (2007), c. 10.°.

[33] Este problema lo han abordado, entre otros: Aldunate (2007), p. 42; Ríos (2007), pp. 344-346; Cousso y Coddou (2010); Verdugo (2010); Henríquez (2016); Salas (2018). Sin embargo, hay autores que no han visto este punto como problemático, sino que han comprendido que una norma que es inaplicable en un caso concreto, bien puede serlo en abstracto, es decir, respecto de todos los casos que se encuentran bajo su hipótesis normativa. Román (2015), p. 361; como también, que una norma sea inaplicable en concreto no supone necesariamente su inconstitucionalidad. García (2015), p. 118.

De la evolución que ha tenido esta institución en casi cien años de existencia, se puede inferir que hoy es una acción que va más allá del control de la ley en *stricto sensu*: más bien es un tipo de control que se extiende a los actos legislativos, sean estas leyes exentas de vicios de procedimiento o no.

Esta ampliación en su objeto –buscada por el constituyente de 2005[34]– ha hecho que la acción devenga en un amparo de derechos fundamentales que se han visto amagados por un exceso de poder del legislador. Ese abuso de poder no solo se puede materializar en el contenido de una determinada norma jurídica, sino que, también, en la generación misma del acto. En este caso, también se puede producir una perturbación de los derechos y libertades fundamentales, constatándose en un caso particular en que el acto será aplicado.

Lo anterior arranca del concepto mismo de Constitución. Sus reglas de limitación al poder están formuladas como garantía de libertad para los gobernados frente a sus gobernantes y, por lo mismo, su violación no es una cuestión etérea o meramente académica o conceptual: siempre afecta la libertad, pues esta se expresa en las normas de un pacto fundamental que debe ser respetado; lo contrario significa el sometimiento de la persona a un poder desnudo y sin límites, y a la mera voluntad de quien lo detenta.

Así, la inaplicabilidad busca restaurar el Estado de derecho en su completitud, lo que es garantía de la libertad de cada persona. En este sentido, no solo constituye un amparo de la libertad y de los derechos frente a la arbitrariedad del legislador, sino que, también, un verdadero derecho político[35]. Por eso se explica que desde su origen este mecanismo haya tenido como legitimados activos a las partes de la gestión judicial pendiente.

En consecuencia, la naturaleza concreta de la inaplicabilidad no supuso un cambio a la comprensión primigenia de esta institución. Por el contrario, significó una nueva reacomodación de sus cimientos estructurales, para dotarla de efectividad en la garantía jurisdiccional de la supremacía constitucional.

Por lo anterior puede afirmarse que hoy esta acción sigue asegurando el principio de separación de poderes, pero bajo una nueva comprensión: como proscripción del ejercicio del poder al margen de la juridicidad. Y este elemento ha profundizado y perfeccionado la naturaleza tutelar de la inaplicabilidad, esto es, como un mecanismo de amparo de derechos fundamentales frente al Estado legislador.

---

[34] *Historia de la Ley* n.° 20050 (2005), p. 306.

[35] José Victorino Lastarria propuso crear una jurisdicción política que permitiera reclamar de la vulneración de la Constitución por leyes arbitrarias Lastarria (1868), p. 13, concibiéndolo como un verdadero derecho político. Lastarria (1874), p. 519. Artículo 12 n.° 8. Véase también Verdugo (2016), p. 938.

III. Las sentencias de inaplicabilidad recaídas en los casos sobre "rentas vitalicias": La fijación de la inaplicabilidad como amparo de derechos fundamentales

1. Antecedentes del conflicto jurídico sometido al conocimiento del Tribunal Constitucional

El 28 de abril de 2021 se publicó la Ley n.º 21330, que modifica la Carta Fundamental para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de fondos previsionales y anticipo de rentas vitalicias, en las condiciones que indica. En virtud de ella, se agregó una disposición quincuagésima transitoria a la Constitución vigente que autorizó a los afiliados del sistema privado de pensiones regido por el decreto ley n.º 3500, de 1980, a realizar voluntaria y excepcionalmente un nuevo retiro de hasta el 10 % de los fondos acumulados en su cuenta de capitalización individual de cotizaciones obligatorias, con un monto máximo de ciento cincuenta unidades de fomento y uno mínimo de treinta y cinco unidades de fomento.

También, dicha disposición autorizó a los pensionados o sus beneficiarios por renta vitalicia, a adelantar de forma voluntaria, por una sola vez, el pago de sus rentas vitalicias hasta por un monto equivalente al 10 % del valor correspondiente a la reserva técnica que mantenga el pensionado en la respectiva compañía de seguros, para cubrir el pago de sus pensiones, con un tope máximo de ciento cincuenta unidades de fomento. Este retiro se imputaría al monto mensual de sus rentas vitalicias futuras, a prorrata, en forma proporcional y en igual porcentaje que aquel que represente el monto efectivamente retirado.

El objetivo perseguido por el legislador, declarado en la disposición transitoria, era mitigar los efectos sociales derivados del estado de excepcional constitucional de catástrofe de calamidad pública decretado a causa del COVID-19. Este se enmarcó en una política legislativa impulsada por el Congreso Nacional, que usó su potestad constituyente derivada para modificar, en repetidas ocasiones, las normas de seguridad social establecidas en la legislación vigente. Esto, prescindiendo de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, establecida en el artículo 65, inciso cuarto, número 6 de la Constitución.

En efecto, a la Ley n.º 21330 la precedió la Ley n.º 21248, de 30 de julio de 2020, que agregó la disposición trigésima novena transitoria a la Constitución Política, permitiendo un primer retiro de fondos previsionales a los afiliados del sistema privado de pensiones, lo que se conoció como el "primer retiro"; luego, se presentaron nuevas mociones parlamentarias[36] que busca-

[36] *Boletines* n.º 13.736-07, n.º 13.749-07 y n.º 13.800-07, refundidos.

ban un segundo retiro de fondos previsionales, también por la vía de una ley de reforma constitucional. Sin embargo, estas fueron declaradas inconstitucionales durante su tramitación legislativa por sentencia del Tribunal Constitucional rol n.º 9797, de 30 de diciembre de 2020, que declaró la vulneración de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República y el derecho a la seguridad social. El 4 de diciembre de 2020 se publicó la Ley n.º 21306, que estableció un retiro único y extraordinario de fondos previsionales, conocido como "segundo retiro". Esta ley tuvo la particularidad de haber sido iniciada mediante mensaje y sin modificar la Carta Fundamental, razón por la cual, se ajustaba a lo preceptuado en los artículos 19 n.º 18, inciso segundo, y 65, inciso cuarto, n.º 6 de la Constitución.

No obstante, el Congreso Nacional persistió en su política legislativa vía ley de reforma constitucional, dando lugar a un tercer retiro de fondos previsionales, además de extender esta facultad excepcional a los pensionados o beneficiarios de rentas vitalicias. Esto último se materializó en la Ley n.º 21330. Durante su tramitación legislativa, fue impugnada por el Presidente de la República, vía requerimiento de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, que no fue admitido a tramitación[37]. Una de las razones de su improcedencia se fundó en que lo impugnado por el requerimiento eran vicios de forma imputables a la generación del proyecto de ley, pero que no se derivaban de su texto; y al no haberse impugnado tales actuaciones del proceso de reforma constitucional, no se indicó en forma precisa la cuestión de constitucionalidad planteada, impidiendo al Tribunal conocer e identificar los pretendidos vicios sobre los cuales debía pronunciarse[38].

Ya vigente la ley, se presentaron sendos requerimientos de inaplicabilidad por las compañías de seguros afectadas. Las acciones se dirigieron en contra del artículo único, incisos duodécimo, decimotercero y decimocuarto, de la Ley n.º 21330, que regulan el anticipo de un porcentaje de la renta vitalicia que puede solicitar el beneficiario. De ellos, cuatro se acogieron (6-4) y tres se rechazaron por empate de votos (5-5)[39]. Los vicios de constitucionalidad alegados por los requirentes se refirieron tanto a infracciones de procedimiento o de forma, como a la vulneración de derechos constitucionales.

[37] Requerimiento de inconstitucionalidad Boletines n.os 13.950-07, 14.054-07 y 14.095-07 refundidos, rol n.° 10.774 (2021).

[38] *Op. cit.*, c. 25.°.

[39] El voto que decidió el empate fue el del ministro Nelson Pozo, quien sí acogió en las STC roles n.os 11.230, 11.559, 11.560 y 11.683. En su opinión, en las STC roles n.os 11.350 y 11.633 los requirentes no lograron probar haber sufrido un perjuicio patrimonial.

2. La inaplicabilidad como amparo de derechos contra actos legislativos

Las sentencias estimatorias de inaplicabilidad que resolvieron cuatro de los siete casos de "rentas vitalicias", resultan de gran relevancia para ilustrar la consolidación de esta acción como un amparo de derechos fundamentales contra el legislador.

Primero, porque se trata de una decisión que funda la inaplicabilidad de la ley por motivo de inconstitucionalidad de forma y, segundo, porque argumenta que esa inconstitucionalidad tiene como consecuencia necesaria la vulneración de derechos fundamentales. Con esto, como se demostrará, consolida el objeto de la inaplicabilidad como un tipo de control del abuso de poder del legislador, cuyo parámetro es la Constitución. Detrás de esta premisa se encuentra uno de los pilares mismos del constitucionalismo, a saber, que el límite al poder es un resguardo de los derechos y libertades de las personas.

Las sentencias roles n.ºs 11230, 11559 y 11683, de 17 de marzo de 2022; y la sentencia rol n.º 11560, de 28 de abril de 2022, acogieron los requerimientos interpuestos contra los incisos señalados del artículo único de la Ley n.º 21330[40]. Las infracciones constitucionales constatadas fueron al artículo 7.°; 19 n.º 18 y n.º 24; y 65, inciso cuarto número 6, de la Carta Fundamental. En síntesis, ellas apuntan a que el Congreso Nacional había excedido su propia competencia, invadiendo las atribuciones legislativas del Presidente de la República, específicamente su iniciativa exclusiva; también, que el Congreso Nacional había dictado una ley bajo la apariencia de una reforma constitucional, pero cuya materia, de acuerdo con la Constitución, es de ley de quórum calificado; que había vulnerado el derecho de propiedad sobre contratos legalmente celebrados; y afectado la seguridad social de los beneficiarios, quienes sufrirán una merma en la protección social para la cual estaban destinados los fondos de que la ley dispone.

En estas sentencias, el Tribunal Constitucional reiteró la jurisprudencia contenida en la sentencia rol n.º 9797. Sin embargo, el carácter concreto y no abstracto de la inaplicabilidad lo obligó a reforzar, en esta ocasión, el carácter tutelar de la acción, sobre la base de tres argumentos.

El primer argumento que desarrolla el Tribunal es que en Chile todos los derechos se encuentran garantizados por acciones procesales, cualquiera sea la calidad de las leyes que los tergiversen o menoscaben. Y en el caso de la inaplicabilidad, sostuvo lo siguiente:

[40] Las cuatro sentencias son idénticas en sus fundamentos de derecho.

> "Si el Tribunal Constitucional puede inaplicar una ley que se ha ceñido rigurosamente a todas las formalidades constitucionales, habiendo sido requerido al efecto, con cuanta mayor razón puede censurar un acto legislativo que no lo ha hecho y que, más encima, vulnera derechos fundamentales"[41].

En segundo lugar, las infracciones a las normas procedimentales de la Constitución sí tienen una incidencia en la aplicación de la ley y, por lo mismo, no cabe excluirlas de la acción de inaplicabilidad:

> "La observancia estricta de las aludidas reglas constitucionales sobre iniciativa presidencial, es exigida por la Ley Fundamental no solo para honrar el principio de separación de funciones, sino que justamente con miras a infundir en los destinatarios de las materias concernida una cierta estabilidad, en cuanto a que ellas no podrán ser objeto de dispersas e indiscriminadas mociones parlamentarias.
>
> De allí que esa misma confianza depositada en el correcto funcionamiento de la institucionalidad del país, resulta defraudada cuando –inspiradas en impulsivos o subalternos designios– otras autoridades deciden sustituir al único órgano competente, para pasar a detentar atribuciones que les han sido explícitamente vedadas y –más aún– operando a pretexto de circunstancias extraordinarias que –en último término– toca al Presidente de la República superar"[42].

En tercer lugar, el Tribunal argumenta que el legislador no puede ser su propio juez, y que el absolutismo legal es capaz de vulnerar derechos fundamentales. Lo primero lo sustenta en un dato empírico: a pesar de haberse declarado previamente inconstitucional un proyecto de ley casi idéntico al contenido en la Ley n.º 21330 (STC rol n.º 9797), el legislador persiste en su conducta contraria a la legalidad constitucional [43]; y lo segundo, en la evidencia que constata el mismo Tribunal para el caso concreto bajo análisis, de que la ley puede vulnerar derechos fundamentales, como en este caso lo ha hecho respecto de la seguridad social y el derecho de propiedad[44].

De los tres argumentos se puede inferir que la acción de inaplicabilidad va más allá del mero control a un precepto legal, sino que se extiende, también, a los actos legislativos que se materializan en la aplicación de ese precepto legal: este contiene no solo un determinado enunciado normativo,

---

[41] Requerimiento de inaplicabilidad del artículo único, incisos doce, trece y catorce, Ley n.º 21330, rol n.º 11230 (2022), c. 2.°.

[42] *Op. cit.*, c. 10.°.

[43] *Op. cit.*, c. 16.°.

[44] *Op. cit.*, c. 27.°, 29.°, 32.°, 35.°, 40.°, 43.°.

sino que la voluntad legislativa, la cual debe expresarse exenta de vicios; de concurrir estos últimos, tal como lo afirmó con anterioridad la Corte Suprema, no hay ley, sino que un acto de poder puro y al margen de la juridicidad. Es ese acto cuya aplicación se busca evitar en una determinada gestión judicial pendiente, pues decide la contienda y produce una afectación a los derechos fundamentales de los requirentes.

La doctrina contraria fue desarrollada por el voto que estuvo por rechazar. En él se arguyó que el requerimiento debió haber sido declarado improcedente por no impugnar un precepto legal, sino que una norma constitucional[45]. También, entre otros argumentos, sostuvo que el control de los vicios de forma escapaba a la naturaleza concreta de la acción de inaplicabilidad[46]:

> "Cabe insistir sobre el punto. La sentencia estimatoria de inaplicabilidad tiene efectos particulares, los cuales no son coherentes con un pronunciamiento sobre un pretendido vicio que afecta la validez de un precepto legal, concluyendo que no se puede controlar el vicio de constitucionalidad de forma por medio de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, que además ha de referirse a preceptos legales y no a normas constitucionales"[47].

La disidencia añade que los vicios de forma suponen un control abstracto de constitucionalidad de la ley, con total prescindencia de las circunstancias del caso e instrumentalizándolo para emitir un pronunciamiento de carácter general. Asimismo, que los requerimientos de inaplicabilidad no logran comunicar el pretendido efecto contrario a la Constitución en el caso concreto de la aplicación de la norma, sin que exista relación causal[48]. En cuanto a los vicios de fondo, estos fueron descartados reconociéndosele al legislador una amplia capacidad regulatoria sobre los límites, cargas y obligaciones asociadas al derecho de propiedad[49]; y en relación con la seguridad social, se constató la falta de legitimación activa de las aseguradoras para invocar este derecho, por no ser las titulares del mismo[50].

La doctrina del voto referido no es nueva, pues fue sustentada por la Corte Suprema durante ochenta años para negarse a conocer de los vicios de

[45] Requerimiento de inaplicabilidad del artículo único, incisos doce, trece y catorce, Ley n.º 21330, rol n.º 11230 (2022), rol n.º 11350 (2022), c. 13.°, voto por rechazar.

[46] *Op. cit.*, c. 39.°, voto por rechazar.

[47] *Op. cit.*, c. 40.°, voto por rechazar.

[48] *Op. cit.*,, c. 41.°-42.°, voto por rechazar.

[49] Requerimiento de inaplicabilidad del artículo único, incisos doce, trece y catorce, Ley n.º 21330, rol n.º 11350 (2022), c. 99.°, voto por rechazar.

[50] *Op. cit.*, c. 112.°, voto por rechazar.

forma. Incluso, cuando en 1973 se instaló la Junta de Gobierno autoatribuyéndose la función constituyente y legislativa, la Corte Suprema se negó a controlar los decretos ley, por considerarlos dictados en virtud de la potestad constituyente y, por lo mismo, exentos de control, aun cuando versaran sobre materias de ley[51]. Sin embargo, en aquel entonces la inaplicabilidad era concebida como un control abstracto de normas, ¿qué le impedía, entonces, conocer de los vicios procedimentales?

Como se explicó, el fundamento estaba en una deferencia sin límites al legislador. Y la consecuencia fue el debilitamiento del principio de supremacía constitucional, y con él, de la protección de los derechos fundamentales. Esto fue lo que buscó superar el constituyente de 2005, extendiendo la inaplicabilidad a los vicios de forma. Y el entendimiento de esta decisión político-constitucional se queda corto si se le aplican las clasificaciones teóricas y doctrinarias del tipo de control que se le ha atribuido a la inaplicabilidad. Más bien, el constituyente de 2005 buscó consolidar esta acción como una poderosa herramienta de las personas en contra del abuso del poder de quienes ejercen la soberanía en su nombre, incluso habilitando una acción pública posterior para anular una ley inconstitucional.

Los casos de "rentas vitalicias" demuestran que el abuso de poder, la exorbitancia de las propias atribuciones para apropiarse de las ajenas, sí tiene la aptitud de vulnerar derechos fundamentales[52]; y es la protección de esos derechos la que dota de una naturaleza concreta a la inaplicabilidad, comunicándosela al análisis de los vicios de forma.

Por cierto, que queda abierta la pregunta si esta es la única acepción posible de entender la naturaleza concreta de la acción inaplicabilidad.

IV. Conclusión

El artículo revisó sucintamente la evolución de la inaplicabilidad desde su origen a la actualidad. Tal revisión ha demostrado que la inaplicabilidad se ha consolidado como un amparado de derechos fundamentales contra actos del legislador que, bajo la forma –aparente o no– de un precepto legal, se materializan en actos de poder que afectan derechos fundamentales de las per-

[51] Valdivia de la Sotta (1979), c. 23.°, p. 56. En el mismo sentido: Aylwin (1980); Fernández (1980).

[52] Si bien "rentas vitalicias" fueron requerimientos presentados por personas jurídicas, cabe recordar que las inaplicabilidades presentadas por personas naturales ascendieron durante el año 2020 a 1 541 de un total de 1 885 partes del proceso. Cuenta Pública del Presidente del Tribunal Constitucional 2020 (2021), p. 35.

sonas, reconociéndoseles a estos últimos la titularidad directa de la acción para reclamarlos.

Los casos de "rentas vitalicias" representan una jurisprudencia cúlmine de casi cien años de existencia de la inaplicabilidad. En ella se reformula la garantía del principio de separación de poderes, no en favor de quienes detentan ese poder, sino que de los gobernados y de la protección de sus derechos fundamentales. Con esta doctrina la acción adquiere hoy plena eficacia, dejando atrás el ejercicio restringido de que se la dotó, y reforzando su carácter tutelar de derechos en los casos concretos en que estos son vulnerados.

Por lo mismo, la temprana consagración de la inaplicabilidad en textos constitucionales debe ser valorada como uno de los grandes logros del constitucionalismo chileno en la limitación del poder y en la garantía de la libertad y de los derechos de los gobernados.

Bibliografía

Aldunate Lizana, Eduardo (2007): "La reforma constitucional del año 2005 desde la Teoría del Derecho y la Teoría de la Constitución". *Revista de Derecho Público*, vol. 69, pp. 35-44.

Ballesteros Ríos, Manuel (1890): *Lei de organización i atribuciones de los tribunales de Chile. Antecedentes, concordancia i aplicación práctica de sus disposiciones*, Tomo i (Santiago, Imprenta Nacional, Moneda 112).

Bello, Andrés (1885): *Obras completas de don Andrés Bello. Volumen ix, Opúsculos jurídicos* (Santiago, Impreso por Pedro G. Ramírez).

Carrasco Albano, Manuel (1874): *Comentarios sobre la Constitución Política de 1833*, vol. i (Santiago, Tribunal Constitucional de Chile, colección de Obras de Derecho Público).

Carrasco Delgado, Sergio (1983): *Génesis y vigencia de los textos constitucionales chilenos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Cea Egaña, José Luis (1998-/1999): "Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional". *Revista de Derecho Público*, n.º 61, pp. 17-28.

Correa Sutil, Sofía (2015): "Los procesos constituyentes en la historia de Chile: lecciones para el presente". *Estudios Públicos*, n.º 137: pp. 43-85.

Cousso, Javier y Alberto Coddou (2010): "La naturaleza jurídica de la acción de inaplicabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: un desafío pendiente". *Estudios Constitucionales*, año 8, n.º 2, pp. 389-430.

Cumplido Cereceda, Francisco (1999): "El Tribunal Constitucional chileno", en Gastón Gómez Bernales (ed.). *Cuadernos de Análisis Jurídico. La jurisdicción constitucional chilena ante la reforma*, n.º 41 (Santiago, Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho), pp. 99-107.

Estévez Gazmuri, Carlos (1942): *Cuadernos Jurídicos y Sociales. Reformas que la Constitución de 1925 introdujo a la de 1833*, vol. xxiii (Santiago, Universidad de Chile, Dirección General de Prisiones-Imp.).

García Barcelato, Ana María (2015): "Influencia de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad como nueva atribución del Tribunal Constitucional". *Revista de Derecho Público*, vol. 70, pp. 117-128.

Guerra Vallejo, José Guillermo (1929): *La Constitución de 1925: (obra premiada por la Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales en el Certamen Bienal de 1926-1927)*. Disponible en https://doi.org/10.34720/je5w-3y63 [fecha de consulta: 28 de diciembre de 2021].

Henríquez Viñas, Miriam (2014): "El modelo de control político de constitucionalidad de las leyes imperante en Francia y Chile durante los siglos xviii y xix", en José Ignacio Núñez Leiva (coord.). *Teoría constitucional. Ensayos escogidos* (Santiago, Ediciones Universidad Finis Terrae).

Henríquez Viñas, Miriam (2016): "El recurso de inaplicabilidad es improcedente para resolver los vicios de inconstitucionalidad de forma". *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*, segunda época, año iv, n.º 2, pp. 65-76.

Huneeus, Jorge (1891): *La Constitución ante el Congreso. Segunda y última parte arts. 50 á 159 (59 á 168) y transitorios. Tomo ii*, vol. iii, (Santiago, Tribunal Constitucional de Chile, colección de Obras de Derecho Público).

Infante Martin, Javier (2020): "La República discreta. Otro estudio sobre la Constitución chilena de 1833". *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, vol. xlii, pp. 555-577.

Lastarria Santander, José Victorino (1868): *Reforma política, única salvación de la República, único medio de plantear la Semecracia o el gobierno de sí mismo* (Santiago, Imprenta de la Libertad, calle de la Compañía, núm. 92 A).

Lastarria Santander, José Victorino (1874): *Lecciones de política positiva* (Santiago, Imprenta de El Ferrocarril, calle de La Bandera, n.º 39).

Letelier Madariaga, Valentín (1917): *Génesis del Estado y de sus instituciones fundamentales* (Buenos Aires, Cabaut y Cía. Editores).

Marshall Silva, Enrique (1947): *El recurso de inaplicabilidad (Inciso 2.° del artículo 86 de la Constitución Política del Estado. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile* (Santiago, Dirección General de Prisiones, primera edición).

Pica Flores, Rodrigo (2012): *Control jurisdiccional de constitucionalidad de la ley en Chile: Los procesos de inconstitucionalidad y de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de competencia del Tribunal Constitucional* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, segunda edición actualizada y aumentada).

Precht Pizarro, Jorge (1999): "Derogación tácita e inaplicabilidad: Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile (1987-1995)", en Gastón Gómez Bernales (ed.). *Cuadernos de Análisis Jurídico. La jurisdicción constitucional chilena*

ante la reforma, n.º 41 (Santiago, Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho), pp. 133-156.

Ríos Álvarez, Lautaro (2005a): "Trascendencia de la reforma constitucional en la fisonomía y las atribuciones del Tribunal Constitucional". *Estudios Constitucionales*, vol. 3, n.º 1, pp. 73-95.

Ríos Álvarez, Lautaro (2005b): "El nuevo Tribunal Constitucional", en Francisco Zúñiga Urbina (coord.). *Reforma constitucional* (Santiago, Editorial Lexis Nexis), pp. 626-650.

Ríos Álvarez, Lautaro (2007): "El poder del Tribunal Constitucional). *Revista de Derecho Público*, vol. 69, pp. 329-346.

Román Cordero, Cristian (2015): "El requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad como mecanismo de control de la arbitrariedad del legislador". *Revista de Derecho Público*, vol. 72, pp. 347-382.

Rousseau, Jean-Jacques (1978): *El contrato social* (Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México. Coordinación de Humanidades. Dirección General de Publicaciones).

Salas, Ricardo (2018): "Una reconstrucción dogmática de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Las inaplicabilidades propia e impropia, la legislación negativa singular, el control preventivo de constitucionalidad de las sentencias y la equidad constitucional". *Estudios Constitucionales*, vol. 16, n.º 1, pp. 187-226.

Silva Bascuñán, Alejandro y María Pía Silva Gallinato (2007): "Las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional". *Revista de Derecho Público*, vol. 69, pp. 347-378.

Verdugo Ramírez, Sergio (2010): "Inaplicabilidad y vicios de forma. ¿Un problema resuelto?". *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. xxiii, n.º 2, pp. 83-112.

Verdugo Ramírez, Sergio (2016): "Lastarria y la revisión judicial de la ley en el marco de la Constitución chilena de 1833". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, n.º 3, pp. 927-953.

Jurisprudencia Corte Suprema

Aylwin Azócar y otro con Fisco (1980): Corte Suprema, 24 de abril de 1980 casación en la forma y en el fondo). *Revista de Derecho. Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, Tomo lxxvii (enero a diciembre de 1980), sección jurisprudencia, pp. 77-95.

Banco Alemán Transatlántico (1965): Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de diciembre de 1963 (apelación). *Revista de Derecho. Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, Tomo lxii (enero a diciembre de 1965), sección jurisprudencia, pp. 1-52.

Banco Nacional del Trabajo (1966a): Corte Suprema, 16 de julio de 1966 (inaplicabilidad), *Revista de Derecho. Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, Tomo lxiii (enero a diciembre de 1966), sección jurisprudencia, pp. 262-268.

Banco Nacional del Trabajo (1966b): Corte Suprema, 15 de octubre de 1966 (inaplicabilidad), *Revista de Derecho. Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, Tomo lxiii (enero a diciembre de 1966), sección jurisprudencia, pp. 370-372.

Bunster Íñiguez, Jaime y otros (1987): Corte Suprema, 29 de enero de 1987 (inaplicabilidad). *Revista de Derecho. Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, Tomo lxxxiv (enero a diciembre de 1987), sección jurisprudencia, pp. 23-30.

Caja de Empleados Particulares (1964): Corte Suprema, 5 de noviembre de 1964 (inaplicabilidad). *Revista de Derecho. Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, Tomo lxi (enero a diciembre de 1964), sección jurisprudencia, pp. 383-387.

Caja de Previsión de la Marina Mercante Nacional (1965): Corte Suprema, 24 de mayo de 1965 (inaplicabilidad), *Revista de Derecho. Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, Tomo lxii (enero a diciembre de 1965), sección jurisprudencia, pp. 106-113.

Compañía Frigoríficos de Magallanes S.A. (1963): Corte de Punta Arenas, 8 de noviembre de 1963 (apelación). *Revista de Derecho. Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, Tomo lx (enero a diciembre de 1963), sección jurisprudencia, pp. 156-165.

Compañía Minera Tamaya S.A. (1995): Corte Suprema, 31 de mayo de 1995 (inaplicabilidad), *Revista de Derecho. Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, Tomo xcii (enero a diciembre de 1995), sección jurisprudencia, pp. 83-105.

Curtze y otros (1941): Corte Suprema, 13 de agosto (inaplicabilidad). *Revista de Derecho. Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, Tomo xxxix (marzo a diciembre de 1942), Núms. 1 a 10, sección jurisprudencia, pp. 190-195.

De Castro (1932): Corte Suprema, 13 de septiembre (inaplicabilidad). *Revista de Derecho. Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, tomo xxx (marzo a diciembre de 1933), Núms. 1 a 10, sección jurisprudencia, pp. 36-45.

Duncker (1933): Corte Suprema, 11 de abril (inaplicabilidad), *Revista de Derecho. Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, Tomo xxx (marzo a diciembre de 1933), Núms. 1 a 10, sección jurisprudencia, pp. 290-298.

Duncker B., Federico (1965): Corte Suprema, 3 de mayo de 1965 (inaplicabilidad), *Revista de Derecho. Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, Tomo lxii (enero a diciembre de 1965), sección jurisprudencia, pp. 57-61.

Dvoredsky Roitman, José (1955): Corte Suprema, 14 de mayo de 1955 (inaplicabilidad). *Revista de Derecho. Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, Tomo lii (marzo a diciembre de 1955), sección jurisprudencia, pp. 99-113.

Elgueta Ruiz, Juan (1958): Corte Suprema, 9 de mayo de 1958 (inaplicabilidad). *Revista de Derecho. Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, Tomo lv (enero a diciembre de 1958), sección jurisprudencia, pp. 72-76.

Fernández Luco, Mario (1980): Corte Suprema, 12 de diciembre de 1980 (inaplicabilidad). *Revista de Derecho. Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, Tomo lxxvii (enero a diciembre de 1980), sección jurisprudencia, pp. 99-104.

González (1945): Corte Suprema, 4 de enero (inaplicabilidad). *Revista de Derecho. Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, Tomo XLII (marzo a diciembre de 1945), Núms. 1 a 10, sección jurisprudencia, pp. 504-507.

Goycolea Z., Guillermo (1965): Corte Suprema, 7 de diciembre de 1965 (inaplicabilidad). *Revista de Derecho. Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, Tomo LXII (enero a diciembre de 1965), sección jurisprudencia, pp. 462-465.

Japit Arfar, Elías (1954): Corte Suprema, 18 de diciembre (inaplicabilidad). *Revista de Derecho. Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, Tomo LI (marzo a diciembre de 1954), Núms. 1 a 10, sección jurisprudencia, pp. 617-621.

Josseau, Julio (1956): Corte Suprema, 22 de marzo de 1956 (inaplicabilidad). *Revista de Derecho. Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, Tomo LIII (enero a diciembre de 1956), sección jurisprudencia, pp. 38-44.

Melossi H., Alfredo (1956): Corte Suprema, 4 de enero de 1956 (inaplicabilidad), *Revista de Derecho. Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, Tomo LIII (enero a diciembre de 1956), sección jurisprudencia, pp. 4-13.

Richards, Josías (1950): Corte Suprema, 6 de diciembre (inaplicabilidad), *Revista de Derecho. Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, Tomo XLVII (marzo a diciembre de 1950), Núms. 1 a 10, sección jurisprudencia, pp. 537-546.

Rodríguez y otro (1939): Corte Suprema, 7 de octubre (inaplicabilidad). *Revista de Derecho. Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, Tomo XXXVII (marzo a diciembre de 1940), Núms. 1 a 10, sección jurisprudencia, pp. 318-320.

Sociedad Agrícola y Ganadera "José Montes" (1955): Corte Suprema, 15 de diciembre de 1955 (inaplicabilidad). *Revista de Derecho. Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, Tomo LII (marzo a diciembre de 1955), sección jurisprudencia, pp. 399-408.

Sociedad Agrícola y Maderera Neltume Limitada (1985): Corte Suprema, 19 de abril de 1985 (inaplicabilidad). *Revista de Derecho. Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, Tomo LXXXII (enero a diciembre de 1985), sección jurisprudencia, pp. 86-104.

Sociedad Industrial y Ganadera de Magallanes (1953): Corte Suprema, 25 de noviembre (inaplicabilidad). *Revista de Derecho. Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, Tomo L (marzo a diciembre de 1953), Núms. 1 a 10, sección jurisprudencia, pp. 479-486.

Superintendencia de Abastecimientos y Precios (1954): Corte Suprema, 26 de julio (queja). *Revista de Derecho. Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, Tomo LI (marzo a diciembre de 1954), Núms. 1 a 10, sección jurisprudencia, pp. 334-339.

Valdivia de la Sotta, Fernando (1979): Corte Suprema, 10 de enero de 1979 (inaplicabilidad). *Revista de Derecho. Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, Tomo LXXVI (enero a diciembre de 1979), sección jurisprudencia, pp. 51-57.

Vicuña Vicuña, Carlos y otra (1964): Corte Suprema, 2 de julio de 1964 (inaplicabilidad). *Revista de Derecho. Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, Tomo LXI (enero a diciembre de 1964), sección jurisprudencia, pp. 182-186.

Zúñiga Benavides, Álvaro y otros (1988): Corte Suprema, 15 de junio de 1988 (inaplicabilidad). *Revista de Derecho. Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, Tomo lxxxv (enero a diciembre de 1988), sección jurisprudencia, pp. 97-109.

Jurisprudencia Tribunal Constitucional

Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Guido Girardi Lavín respecto del inciso tercero del artículo 416 del Código Procesal Penal, en la causa rol n.° 2257-2006 que se sigue ante la Corte de Apelaciones de Santiago (2006): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 478, 8 de agosto de 2006.

Requerimiento de inaplicabilidad presentado por S.C.M. Virginia respecto del artículo 96 del Código de Minería en la causa caratulada "Sociedad Química y Minera de Chile S.A. con S.C.M Virginia", Rol Nº 3.922-2006, seguida ante la Corte Suprema (2007): Tribunal Constitucional chileno, rol n.° 741, 30 de octubre de 2007.

Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por S.E. el Presidente de la República respecto del proyecto de ley que modifica la Carta Fundamental, para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de parte de los fondos previsionales, en las condiciones que indica (Boletines n.° 13.950-07, 14.054-07 y 14.095-07 refundidos) (2021): Tribunal Constitucional chileno, rol n.° 10.774, 29 de abril de 2021.

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por BICE VIDA Compañía de Seguros S.A. respecto del artículo único, incisos doce, trece y catorce, de la Ley n.° 21330, que modifica la carta fundamental, para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de fondos previsionales y anticipo de rentas vitalicias, en las condiciones que indica, en el proceso Rol n.° 263-2021, sobre reclamo de ilegalidad, seguido ante la Corte de Apelaciones de Santiago (2022): Tribunal Constitucional chileno, rol n.° 11.230, 17 de marzo de 2022.

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Renta Nacional Compañía de Seguros de Vida S.A. respecto del artículo único, incisos doce, trece y catorce, de la Ley n.° 21330, que modifica la carta fundamental, para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de fondos previsionales y anticipo de rentas vitalicias, en las condiciones que indica, en el proceso rol n.° 300-2021 (Contencioso Administrativo), sobre reclamo de ilegalidad, seguido ante la Corte de Apelaciones de Santiago (2022): Tribunal Constitucional chileno, rol n.° 11.350, 31 de marzo de 2022.

Otros documentos

Actas de la Comisión Constituyente (1973-1978). *Antecedentes constitucionales Constitución de 1980*. Disponible en www.bcn.cl/leychile/constituciones [fecha de consulta: 11 de enero de 2022].

Actas del Consejo de Estado (1979): *Antecedentes constitucionales Constitución de 1980*. Disponible en www.bcn.cl/leychile/constituciones [fecha de consulta: 17 de enero de 2022].

Cuenta Pública del Presidente del Tribunal Constitucional 2022 (2021). Disponible en www2.tribunalconstitucional.cl/wp-content/uploads/2022/03/5094.pdf [fecha de consulta: 9 de mayo de 2022].

Historia de la Ley n.° 20050 (2005). Disponible en http://bcn.cl/2f96j [fecha de consulta: 10 de mayo de 2022].

Ministerio del Interior (1925): *Actas Oficiales de las Sesiones celebradas por la Comisión y Subcomisiones encargadas del estudio del Proyecto de Nueva Constitución Política de la República* (Santiago, Imprenta Universitaria). También Disponible en https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/19686/5/34309b.pdf [fecha de consulta: 7 de enero de 2021].

LEY N.º 21400 MODIFICA DIVERSOS CUERPOS LEGALES PARA REGULAR, EN IGUALDAD DE CONDICIONES, EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

LAW No. 21.400 MODIFY SEVERAL LEGAL BODIES TO REGULATE, IN EQUAL CONDITIONS, MARRIAGE BETWEEN PEOPLE OF THE SAME SEX

Fernando José Rabat Celis[*]
Ignacia Vicuña Alessandri[**]

Resumen: La definición de la institución del matrimonio vigente hasta marzo del presente año en nuestra legislación, pertenece a la normativa original del *Código Civil* aprobada el año 1855[1]. Esta disposición no había sufrido modificación sino hasta ahora, con la entrada en vigencia de la Ley n.º 21400[2]; transformando a Chile en el vigésimo quinto país del mundo en reconocer oficialmente el vínculo marital entre personas del mismo sexo. Es, en este contexto, que dicha ley introduce una serie de modificaciones al *Código Civil* y otros cuerpos legales, necesarias para permitir el matrimonio de parejas del

[*] Abogado. Profesor de Derecho Civil, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: frabat@udd.cl

[**] Abogada. Profesora de Derecho Civil, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: mi.vicuna@udd.cl

[1] El artículo 102 del *Código Civil* disponía: "El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre i una mujer se unen actual e indisolublemente, i por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, i de auxiliarse mutuamente".

[2] Véase www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1169572 [fecha de consulta: abril de 2022].

mismo sexo y regular los derechos y obligaciones que surgirán para quienes lo celebren.

Palabras claves: Matrimonio, progenitores, igualdad, filiación.

Abstract: The definition of the institution of marriage in force until March of this year in our legislation, belongs to the original regulations of the Civil Code approved in 1855. This provision had not been modified until now, with the entry into force of the Law #21400; transforming Chile into the twenty-fifth country in the world to officially recognize the marital bond between people of the same sex. It is, in this context, that said law introduces a series of modifications to the Civil Code and other legal bodies, necessary to allow the marriage of same-sex couples and regulate the rights and obligations that will arise for those who celebrate it.

Keywords: Marriage, parents, equality, affiliation.

I. Antecedentes

La Ley n.° 21400, conforme se lee de su texto, tiene por finalidad regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio entre personas del mismo sexo. Este cuerpo legal se compone de diez artículos permanentes –los que tienen por fin, más bien, modificar diversos cuerpos normativos– y tres artículos transitorios.

El mencionado texto legal, se publicó en el *Diario Oficial* del 10 de diciembre de 2021 y, conforme lo dispone su artículo 2.° transitorio, tuvo una vacancia legal de tres meses. Su origen esta dado por Mensaje de la Presidenta de la República Michelle Bachelet Jeria, ingresado el 5 de septiembre de 2017.

La norma en comento modifica en materia civil los siguientes cuerpos legales: *Código Civil*; Ley n.° 19947 (Nueva Ley de Matrimonio Civil); Ley n.° 20830 (Crea Acuerdo de Unión Civil); Ley n.° 4808 (Registro Civil); Ley n.° 21334 (Determinación del orden de los apellidos por acuerdo de los padres) y Ley n.° 21120 (Reconoce y da protección al derecho a la identidad de género).

II. Modificaciones al título preliminar del *Código Civil*

Específicamente las modificaciones se encuentran en el párrafo 5 titulado "Definición de varias palabras de uso frecuente en las leyes". En general, ellas buscan eliminar la distinción vigente hasta hoy, la que se genera al emplear términos como: padre/madre, marido/mujer, varón/mujer, para y en su reemplazo establecer un concepto común de progenitores o referirse derechamente a los cónyuges.

No haremos mención en este artículo a cada uno de los casos en que la modificación solo recoja este aspecto, a objeto de concentrarnos en aquellas situaciones en que se afecta el fondo de la disposición normativa.

2.1. Artículo 31

Se presenta el cambio semántico referido al definirse el parentesco por afinidad y establecerse la forma cómo se computa la línea y grado. Empero, también se agrega un inciso 3.º que refleja el espíritu del legislador tras la redacción de esta nueva normativa. El nuevo inciso dispone:

> "Las leyes u otras disposiciones que hagan referencia a las expresiones marido y mujer, marido o mujer, se entenderán aplicables a todos los cónyuges, sin distinción de sexo, orientación sexual o identidad de género".

Esta modificación constituye claramente una nueva manifestación del Principio de Igualdad dentro del *Código Civil*, el que, como veremos, se reitera en otras disposiciones incorporadas por la Ley n.º 21400, en todas las cuales se advierte la proscripción a efectuar distinciones fundadas en la diferencia de sexos, en la orientación sexual de las personas o en su identidad de género.

2.2. Nuevo artículo 34

El anterior había sido derogado por la Ley de Matrimonio Civil de 1884 y, en su redacción original, decía:

> "La computación de los grados de parentesco según los artículos precedentes no se aplica a los impedimentos canónicos para el matrimonio".

El actual artículo 34 define quienes son los progenitores: "los padres y las madres de una persona[...] respecto de los cuales se ha determinado una relación de filiación".

El legislador aclara, en el inciso 1 del artículo 34 que progenitor puede ser tanto la madre como el padre, o las dos madres o los dos padres de la persona, precisión que era necesaria a la luz de los cambios que más adelante la ley incluye en materia de filiación.

Del inciso 2 se desprende, como lo adelantamos, una nueva manifestación del Principio de Igualdad:

> "Las leyes u otras disposiciones que hagan referencia a las expresiones padre y madre, o bien, padre o madre, u otras semejantes, se entenderán aplicables a todos los progenitores, sin distinción de sexo, identidad de género u orientación sexual, salvo que por el contexto o por disposición expresa se deba entender lo contrario".

El hecho de que se reemplacen las figuras de padre y madre del *Código Civil*, por una concepción amplia de "progenitores", parece privilegiar la igualdad de dichos progenitores por sobre el interés superior de el o los niños.

2.3. Artículo 41

Indicaba quiénes eran los hermanos carnales (por parte de padre y de madre) y quiénes los hermanos paternos (solo por parte de padre) y maternos (solo por parte de madre).

Para abolir las referencias que el legislador entiende que son discriminatorias, se recurre a los términos que se emplean en el 3er orden de sucesión (artículo 992) y, entonces, en la actual redacción del artículo 41 los hermanos pueden serlo de simple o doble conjunción, según si son hermanos de uno o ambos progenitores.

2.4. Artículo 58 ter

Se reemplaza el contenido original del artículo 58 ter, incluido en el *Código Civil* por la Ley n.° 21334, sobre determinación del orden de los apellidos por acuerdo de los padres. El cambio radica en modificar los términos de padre, madre, paternidad o maternidad por el de progenitores en coherencia con el resto del texto legal. Dispone, el mismo artículo, una nueva regla a la existente para fijar el orden de los apellidos puesto que, a falta de acuerdo entre los progenitores respecto del orden de inscripción de los apellidos, no se mantendrá la precedencia del apellido paterno y, el orden se determinará por sorteo efectuado ante el oficial del Registro Civil, estableciendo el legislador una presunción de derecho al señalar que "se entenderá su (de los progenitores) voluntad" de efectuar el mencionado sorteo.

Finalmente, esta nueva redacción del artículo 58 ter establece una tarea al oficial del Registro Civil puesto que:

> "Para aplicar las reglas señaladas en el inciso anterior, previamente [...] deberá verificar si existieren en los registros hijos inscritos a nombre de cada uno de los progenitores".

III. Modificaciones en el libro I

3.1. Matrimonio

3.1.1 Artículo 102

Tal vez es esta la modificación más emblemática:

> "El matrimonio es un contrato solemne por el cual dos personas se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente".

Desde luego que el cambio nos obligará a actualizar los apuntes de clase en cuanto nos referíamos a las características de esta Institución: dado que deja de ser el único acto jurídico que requería diferencia de sexo entre los sujetos que lo celebraban.

Es interesante, por la proyección que ello tiene en la actual regulación de la filiación, que, en definitiva, el matrimonio mantiene sus notas principales:

i) una relación amorosa y afectiva,
ii) cuya orientación es a la procreación, crianza y educación de los hijos.

Nos parece que ello no se altera, en tanto fines, pero sí en cuanto medios, dando lugar a nuevas formas de determinar la filiación en aquellos casos en que los progenitores se hayan sometido a técnicas de reproducción humana asistida, sin ahondar en los consecuentes problemas jurídicos que ello podría traer aparejado.

Entendemos que esta modificación, más que discutirla desde un prisma moral o religioso, debió enfocarse desde la perspectiva de los elementos esenciales particulares del acto jurídico matrimonio, el que quedó completamente desnaturalizado, porque uno de sus elementos distintivos era, precisamente, la alianza permanente formada por un hombre y una mujer. Es más, al analizar luego las reglas sobre filiación se advierte que existe una clara deconstrucción de la familia como base y núcleo esencial de la sociedad, permitiendo una verdadera confusión acerca de quién puede ser el padre o madre (progenitor) de una persona.

En línea con la modificación del artículo 102:

i) Se elimina la frase final del artículo 80 inciso 1 de la Ley de Matrimonio Civil[3], el que señalaba:

"Los requisitos de forma y fondo del matrimonio serán los que establezca la ley del lugar de su celebración. Así, el matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad con las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno, *siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer*".

ii) Se suprime el inciso final del artículo 12 de la Ley n.° 20830, que decía:

"Los matrimonios celebrados en el extranjero por personas del mismo sexo serán reconocidos en Chile como acuerdos de unión civil si cumplen con las reglas establecidas en esta ley, y sus efectos serán los mismos del referido acuerdo".

Era un caso de conversión de acto jurídico nulo.

3.2. Asenso matrimonial

3.2.1 Artículo 107

En materia de asenso matrimonial, se produce una situación curiosa porque se modifica el artículo 107, en el sentido de cambiar la expresión padres por progenitores; pero no sucede lo mismo con los artículos 109 y 110 los que se refieren a "la falta de padre o madre", cuando la lectura de ambas normas permitía el cambio a progenitor. Creemos que fue solo una inadvertencia del legislador, que eventualmente podría dar lugar a diferencias en la interpretación orgánica de dichas disposiciones.

3.3. Definición de adulterio

3.3.1. Artículo 132

A los alumnos se les facilitará recordar la definición de adulterio, puesto que en el actual artículo 132 inciso 2 se elimina toda distinción entre hombre y mujer para concluir que: "Comete adulterio la persona casada que yace con otra que no sea su cónyuge".

[3] La que hemos destacado.

3.4. Regímenes económicos

3.4.1. Artículo 135

Previa la entrada en vigencia de la Ley n.º 21400, este artículo permitía afirmar que, en el sistema legislativo chileno, la sociedad conyugal era un régimen económico de carácter supletorio, atendido a que frente al silencio de los cónyuges, el régimen quedaba establecido por disposición del legislador.

Hacía excepción a esta regla, el caso de los cónyuges que habían contraído matrimonio en el extranjero, puesto que ellos se miran en Chile como separados de bienes, salvo que al inscribir el matrimonio pacten sociedad conyugal o participación en los gananciales.

En función de lo que diremos más adelante, se modifica el artículo 135, en el sentido que la sociedad conyugal como régimen supletorio no se aplica:

> "A los matrimonios celebrados entre personas del mismo sexo, las que, por el hecho del matrimonio, se entenderán separadas totalmente de bienes, sin perjuicio de optar por el régimen de participación en los gananciales en las capitulaciones matrimoniales o de sustituirlo por este durante la vigencia del matrimonio, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 1723".

Adicionalmente, se establece que si las personas del mismo sexo se casaron en país extranjero, al inscribirlo en Chile solo podrán pactar el régimen de participación en los gananciales.

En consecuencia, la sociedad conyugal sigue siendo el régimen supletorio respecto de los matrimonios entre un hombre y una mujer; en tanto si los cónyuges son del mismo sexo, el régimen supletorio será el de separación total de bienes.

3.4.2. Artículo 1715

a) En línea con lo anterior, se modifica el artículo 1715 incorporándose un nuevo inciso 3.º:

> "Los esposos del mismo sexo podrán celebrar capitulaciones matrimoniales, pero en caso alguno podrán pactar el régimen de sociedad conyugal".

Se trata esta de una norma prohibitiva que limita el contenido del acto y que en caso de contravención estaremos ante una capitulación matrimonial que adolece de nulidad absoluta, en razón de los dispuesto en los articulos 10 y 1466 del *Código Civil*. Con todo, al parecer se trata de una prohibición pasajera, porque el artículo 1 transitorio de la Ley n.º 21400 dispone:

> "La sociedad conyugal, así como las disposiciones que la regulan y las que hacen referencia a ella, serán aplicables a los matrimonios celebrados entre personas del mismo sexo una vez que entren en vigencia las normas que adecúen el régimen, para hacerlo congruente con las disposiciones reguladas en esta ley."

3.5. En materia de filiación

3.5.1. Artículo 180

Se modifica el artículo 180, norma que establece los casos en que la filiación es de carácter matrimonial, sustituyéndose la palabra 'padres' por la de 'progenitores' en los incisos 1 y 2, además de la modificación del texto en el ultimo inciso que reemplaza la frase "siempre que la paternidad y la maternidad hayan estado previamente determinadas [...]" por la siguiente: " siempre que la filiación haya estado previamente determinada.

Nos parece que esta modificación guarda concordancia con el actual artículo 34 que, como dijimos, define quiénes son los progenitores de una persona, reconociendo que puede ser tanto la madre como el padre, sus dos madres, o sus dos padres.

Con todo, nuevamente queda una incongruencia puesto que la actual redacción del artículo 185 inciso 1 (filiación matrimonial de origen) señala:

> "La filiación matrimonial queda determinada por el nacimiento del hijo durante el matrimonio de sus progenitores, con tal que la maternidad y la paternidad de ambos estén establecidas legalmente en conformidad con los artículos 183 y 184, respectivamente".

Es decir, el legislador, perfectamente, pudo emplear de nuevo el concepto de filiación, como lo hizo en el artículo 180, empero, en este caso no es una inadvertencia como sí lo fue en materia de asenso, porque el artículo 183 se refiere específicamente a la determinación de la maternidad y el artículo 184 a la determinación de la paternidad.

No hay modificaciones en la determinación de la maternidad y, por lo tanto, ella queda legalmente determinada por el parto, o por reconocimiento o por sentencia judicial (artículo 183).

Sí hay un cambio a la presunción de paternidad del artículo 184 porque, como no podía ser de otro modo, esta ahora se restringe a los "cónyuges de distinto sexo".

El artículo 182 relativo a la determinación de la filiación en los casos de concepción mediante técnicas de reproducción humana asistida, disponía en su inciso primero:

"El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas".

Hoy la redacción es la siguiente:

"La filiación del hijo que nazca por la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, quedará determinada respecto de las dos personas que se hayan sometido a ellas".

Es evidente, entonces, que el legislador sigue la línea ya fijada con la definición de progenitores del artículo 34, eliminando la referencia a la madre y al padre y dejándola, ahora, en términos plurales –*dos personas*.

Respecto del artículo 182, Hernán Corral plantea las siguientes cuestiones prácticas[4]:

i) El mayor problema lo representará la posibilidad de determinar la filiación por reconocimiento, ya que resultará complejo que dos mujeres o dos varones determinen su carácter de progenitores a través de la norma del artículo 182, que supone que se pruebe que el niño o niña nació como producto de una técnica de reproducción asistida.

En efecto, agregamos nosotros, que la norma refiere a la circunstancia que la filiación, en este caso, queda determinada respecto de las dos personas que se hayan "sometido a ellas", solo a su respecto, siendo, discutible, que, además, pueda existir reconocimiento, más cuanto que el artículo 189 dispone:

"No surtirá efectos el reconocimiento de un hijo que tenga legalmente determinada una filiación distinta, sin perjuicio del derecho a ejercer las acciones a que se refiere el artículo"[208].

Así, enseña Hernán Corral una pareja lésbica en que una mujer es inseminada con semen de un donante, su maternidad podrá quedar determinada por el hecho del parto y su cónyuge podrá reconocer al hijo o hija y determinar la maternidad por este medio, agregando nosotros, siempre que la filiación no haya quedado determinada previamente por aplicación del artículo 182. Lo mismo sucederá con un matrimonio entre varones que para lograr un hijo recurren a la gestación por cuenta de otro, ya sea con gametos de uno o de ambos y óvulo de una mujer donante o de la misma gestante. La maternidad no podrá quedar determinada por el parto porque

[4] https://corraltalciani.wordpress.com/2022/03/13/filiacion-en-la-ley-no-21-400-de-2021-una-primera-lectura/ [fecha de consulta: abril de 2022].

nadie exhibirá el certificado de parto, y los dos padres podrán reconocer al hijo al momento de la inscripción de nacimiento.

ii) Lo que resulta más complejo, señala Hernán Corral, es que podrán reconocerse niños o niñas que no hayan nacido como resultado de una técnica de reproducción humana asistida, con lo cual se eludirán los controles de la ley de adopción, lo que puede llegar a fomentar el tráfico infantil, ya que muchas veces madres en situación económica desmedrada renunciarán a sus hijos por prestaciones económicas, circunstancia que por cierto se aleja del deber de velar por el interés superior del niño

iii) El problema, continúa Hernán Corral, que se generará será cuando el reconocimiento no coincida con la filiación biológica. De esta manera la co-madre o el co-padre que no tienen relación biológica con el supuesto hijo quedará expuesto a una acción de impugnación, ya sea autónoma o incluida en una acción de reclamación de una progenitura distinta, ya que las acciones de filiación parten del presupuesto de que la filiación es un vínculo genético. Por ello, el artículo 195 dispone: "la ley posibilita la investigación de la paternidad o maternidad". Si se posibilita esta investigación es porque la filiación es un vínculo biológico, a lo que hay que añadir las pruebas periciales biológicas (artículo 199 y ss.).

La única concesión a la voluntad es la prueba de la filiación a la posesión notoria con tal que haya durado cinco años.

No obstante, se dispone que la posesión notoria del estado civil de hijo, debidamente acreditada, preferirá a las pruebas periciales de carácter biológico en caso de que haya contradicción entre una y otras; pero, al mismo tiempo, se señala que si hubiese graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicar la regla anterior, prevalecerán las pruebas de carácter biológico (artículo 201). En definitiva, la norma autoriza al juez de familia de un modo expreso, a elegir entre diferentes alternativas, lo que inevitablemente genera la presencia de ciertos elementos de incertidumbre en el proceso de aplicación de las normas[5].

Adicionalmente, el hijo menor de edad podría repudiar el reconocimiento, sin necesidad de juicio, por escritura pública, en el plazo de un año desde que, llegado a la mayoría de edad, supo del reconocimiento (artículo 191). Si ha sabido antes, tendrá un año desde que cumpla los dieciocho años.

Por cierto, si se prueba que el niño o niña ha sido concebido como resultado de una técnica de reproducción humana asistida y así consta en el Registro,

[5] Segura (2013).

esa determinación no podrá ser objeto de impugnación ni de acción de una reclamación de otra filiación distinta.

Pero, a su vez, nos parece claro, dice Hernán Corral, que el derecho a la identidad del hijo debiera prevalecer por lo que el inciso 2º del artículo 182 debe ser interpretado restrictivamente. No debe aplicarse al hijo, ya que tiene el derecho a conocer, en la medida de lo posible, al padre o madre biológicos.

A este respecto, sostiene que la Convención de Derechos del Niño dispone en forma expresa:

> "El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos" (artículo 7.1)

y que, a su vez:

> "Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas" (artículo 8.1).

Esta circunstancia, nos indica Hernán Corral, ha sido recogida en La Ley sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, publicada en el *Diario Oficial* del 15 de marzo de 2022. El artículo 26 que trata del Derecho a la Identidad dispone en su inciso 2 que "asimismo, tiene derecho a conocer la identidad de sus padres y/o madres, su origen biológico [...]". Si bien se regula el derecho de los niños adoptados a buscar a sus padres biológicos en el inciso 3.º del mismo artículo al disponer que podrán "buscar y conocer sus orígenes", nada empece a que se reconozca este derecho a quien ha sido concebido mediante técnicas heterólogas, con gametos donados o mediante transferencia embrionaria o derechamente mediante un acuerdo de maternidad subrogada, que, por cierto, no puede ser considerado lícito en Chile, ni, aun cuando se considere "altruista, es decir, sin contraprestación" –aunque ha habido sentencias de tribunales de familia que la legitiman (generalmente se trata de juicios en la que las partes están coludidas o de jurisdicción voluntaria o no contenciosa, por lo que no se revisan las sentencias por los tribunales superiores).

Lo anterior deja en evidencia los conflictos de identidad, que pueden llegar a suscitarse respecto de aquellos niños que hayan sido concebidos mediante el empleo de técnicas de reproducción humana asistidas.

3.6. Cuidado personal

Es curioso que el artículo 225 conserva la antigua nomenclatura y habla de padres, refiriéndose al padre, madre o ambos, o sea, en singular, descartándose que puedan ser ambos padres o madres, quien, hoy, con el nuevo artículo 34 son los progenitores. Sí, se efectúa esta modificación en el artículo 225-2.

Además, el inciso final del artículo 225-2 introduce nuevamente el Principio de Igualdad:

> "En ningún caso el establecimiento del régimen del cuidado personal podrá fundarse en razón de la raza o etnia, la nacionalidad, la orientación sexual, la identidad o expresión de género, la apariencia personal o cualquier otra categoría que resulte discriminatoria".

Aunque no es cuidado personal, es interesante la modificación al artículo 2262 que facultaba a los respectivos padres de familia para perseguir la restitución de lo pagado en el juego y apuesta por las personas que no tienen la libre administración de sus bienes. Hoy la referencia debe entenderse a quien tenga la patria potestad.

3.7. En materia sucesoria

En el artículo 990, en el 3er orden de sucesión, se vuelve a utilizar la expresión hermanos de simple y doble conjunción, reemplazando así la antigua redacción que se refería a los hermanos que lo sean por parte de padre o de madre.

En el artículo 992, tratándose del 4.º orden de sucesión, se adecúan también los términos para eliminar la referencia a los parientes por parte de padre o de madre.

IV. En la Ley de Matrimonio Civil

La Ley n.º 21120 publicada en 2018, reconoce en su artículo 1, el Derecho a la Identidad de Género y la rectificación de sexo y nombre registral, indicando que consiste en la facultad de toda persona cuya identidad de género no coincida con su sexo y nombre registral, de solicitar la rectificación de estos. El artículo 19 del mismo cuerpo legal establece el procedimiento de tramitación de dicha solicitud.

En línea con dicha regulación se incorpora al artículo 42 de la Ley de Matrimonio Civil una quinta causal de terminación del Matrimonio "La sentencia firme que acoge la solicitud de rectificación de sexo y nombre por razón de identidad de género".

Hoy, la ley en comento sustituye dicha causal en los siguientes términos:

> "Por voluntad del cónyuge de la persona que ha obtenido la rectificación de la ley Nº 21.120, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 19 de dicho cuerpo legal".

En consecuencia, la terminación ya no opera por la sola dictación de la sentencia, se requiere solicitar al tribunal que ordene la disolución del vínculo matrimonial.

En resumen, hoy se incluyó un nuevo título IV bis a la Ley n.º 21120, en cuyo artículo 18 se establece que deberá notificarse al cónyuge de aquel que obtuvo la rectificación de que trata esa ley a objeto de que, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 19, si lo estima, concurra, en el plazo de seis meses contados desde esa comunicación, al tribunal competente "a fin de que ordene la disolución del vínculo matrimonial". El mismo artículo establece un procedimiento breve para ese fin y concluye que en virtud de dicha causal de terminación del matrimonio "los comparecientes se entenderán para todos legales como divorciados".

V. En conclusión

No se puede desconocer que esta nueva normativa legal reconoce la actual idiosincrasia chilena, acogiendo el reclamo de diversos grupos que por años han sostenido sentirse ignorados por la legislación chilena aludiendo a la vulneración de sus derechos. Sin embargo, no deja de llamar la atención la falta de proyección en las consecuencias que dichas modificaciones generan, directa o indirectamente, en otras instituciones de nuestro ordenamiento jurídico y, en concreto, en el núcleo familiar. A su vez, es innegable que algunas de las disposiciones de este nuevo cuerpo normativo, parecen no haber sido analizadas con la debida profundidad, atendida la vulneración de ciertos principios que en último tiempo han sido considerados como pilares rectores al momento de establecer la regulación de la familia en la sociedad chilena; como, por ejemplo, lo son: el interés superior del niño, el derecho a tener una filiación determinada y a la libertad que tiene toda persona para investigar su origen bilógico y determinar su identidad.

Bibliografía citada

Corral Talciani, Hernán (2022): "Filiación en la ley Nº 21.400, de 2021. Una primera lectura". *Blog Jurídico Derecho y Academia*. Disponible en https://corraltalciani.

wordpress.com /2022/03/13/ filiacion-en-la-ley-no-21-400-de-2021-una-primera-lectura/ [fecha de consulta: abril 2022].

Segura Ortega, Manuel (2013): "Problemas interpretativos e indeterminación del Derecho". *Revista Jurídica*, vol. 22, n.º ext (Universidad de Santiago de Compostela), pp. 673-683. Disponible en https://revistas.usc.gal/index.php/dereito/article/view/1175 [fecha de consulta: abril 2022].

Normas

DFL n.º 1, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley n. °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

Ley n.º 19947 (2004), Establece Nueva Ley de Matrimonio Civil, 17 de mayo de 2004.

Ley n.º 20830 (2015), Crea Acuerdo de Unión Civil, 21 de abril de 2015.

Ley n.º 4808 (1930), Reforma la Ley sobre Registro Civil, 10 de febrero de 1930.

Ley n.º 21334 (2021), Sobre determinación del orden de los apellidos por acuerdo de los padres, 14 de mayo de 2021.

Ley n.º 21120 (2018), Reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, 10 de diciembre de 2018.

Ley n.º 21400 (2021), Modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio entre personas del mismo sexo, 10 de diciembre de 2021.

FUNCIONES DE LA CAUSALIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL. UN ESBOZO

FUNCTIONS OF CAUSATION IN TORT LAW. AN OUTLINE

Cristián Eduardo Aedo Barrena[*]
Renzo Munita Marambio[**]

Resumen: Es ya clásico el planteamiento que proyecta a la causalidad como una aproximación exclusivamente fáctica, anclada en factores o condiciones que se ubican en un espacio anterior al fenómeno dañoso y que lo determinan. En este sentido, el nexo obedecería ante todo, a una constatación de lo que físicamente ocurre. Con todo, el análisis de la cuestión se complementa desde la perspectiva de considerar que la mencionada condición de responsabilidad, en el ámbito del derecho, sobrepasa los límites de lo ontológico o de lo material, advirtiendo una faz normativa, que algunos identifican con un ejercicio de imputación. Este trabajo pretende indagar respecto de la referida composición de la causalidad, y en este contexto en cómo aquella tiene incidencia en las funciones que se le atribuyen en el juicio de responsabilidad civil.

Palabras claves: Causalidad, imputación, criterios, responsables, daños.

Abstract: The approach that projects causality as an exclusively factual approach, anchored in factors or conditions that are located in a space prior to the harmful phenomenon and that certainly determine it, is already classic. In this sense, the link would obey above all, to a verification of what physically happens. However,

[*] Profesor de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción. Correo electrónico: caedo@ucsc.cl

[**] Profesor de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: renzomunita@udd.cl. Centro de Derecho Regulatorio y Empresa. Cabe consignar que este trabajo forma parte del Fondecyt de Iniciación número 11190188, denominado "La creación de riesgo no permitido como solución normativa causal en la causalidad difusa y alternativa en el ámbito sanitario: una propuesta para el sistema chileno", del cual el profesor Renzo Munita Marambio es el investigador responsable.

the analysis of the issue is complemented from the perspective of considering that the aforementioned condition of responsibility, in the field of law, exceeds the limits of the ontological or the merely material, also noting a normative nuance, which some identify with an imputation exercise. This paper aims to investigate the aforementioned composition of causality, and in this context how it has an impact on the functions attributed to it in the civil liability trial.

Keywords: Causality, imputation, criteria, responsible, damages.

I. Introducción

La causalidad, tema de suyo complejo, excede los márgenes del derecho, pues se trata de un problema tanto gnoseológico como filosófico[1]. Con todo, conviene asentar dos extremos en el debate dogmático que sobre las funciones se desarrolla.

En primer lugar, en el plano filosófico, pueden apreciarse dos aproximaciones, discutidas especialmente en el *Common Law* y traducidas en tesis jurídicas. Por un lado, puede considerarse que la causalidad responde a una construcción lingüística y social, y que no tiene fundamento ontológico[2]. Herbert Hart y Tony Honoré, sobre estas bases, defienden una construcción causal fundada en el sentido común, pues no hay nada que dicha relación pueda decirnos, más allá del lenguaje ordinario[3]. Por otro lado, Michael Moore ha propuesto la tesis de causalidad fundada en una ontología, por tanto, para él, esta es una cuestión metafísica, que opera en el mundo, que se expresa a

[1] Sobre el problema, véase Drapkin (1943), pp. 5-6 y Roxin (1997), p. 346; Castaldo (2008), pp. 27-38.

[2] Se trata de una formulación que proviene del juicio hipotético trascendental de Immanuel Kant. En este esquema de pensamiento la justicia va a ser concebida como el abstenerse de invadir la "esfera de libertad" de otro. Una aproximación de este tipo se encuentra, a propósito de los fundamentos del régimen, en Ernest Weinrib, para quien justicia y derecho (que para él son sinónimos), son autónomos de cualquier principio externo. Agrega que la esencia de la justicia y, en consecuencia, del derecho, es una racionalidad inmanente que puede adoptar la forma de justicia correctiva o justicia distributiva. Véase Weinrib (2000), pp. 11; 24; Weinrib (2002), pp. 353-354 y Weinrib (2012), p. 82 y ss. Para esta cuestión, véase Miller (2021), pp. 17-18 y Wright (1992), pp. 640-641.

[3] Es la posición de Hart and Honoré (1990), p. 26 ss. Es innegable cómo el debate tiene conexión entre las aproximaciones filosóficas de Immanuel Kant, por un lado, y de David Hume, por la otra. Véase Ponce y Muñoz (2014), pp. 10-17. Precisamente, para el análisis de la aproximación de H.L.A. Hart y tony Honoré y sus conexiones con la filosofía de David Hume, véase Mackie (2002), p. 118 ss.

través del lenguaje y que repercute, en términos de merecimiento, en la responsabilidad moral y jurídica[4]. Las causas de merecimiento, como la probabilidad u otras no serían criterios causales, pues la causalidad pervive separada del derecho[5].

En algún sentido, estas discusiones pueden reflejarse en las omisiones[6], como veremos más adelante.

Más allá de esta discusión, el enfoque científico y del derecho, son distintos. Mientras el primero se preocupa de determinar leyes generales, para grupos de situaciones, el segundo debe resolver la conexión fáctica, tratándose de un hecho concreto[7]. En este sentido, como indica Marco Capecchi, en el ámbito jurídico, la causalidad no es un dato unitario para cada hipótesis de responsabilidad civil, sino un criterio de imputación que varía según la disposición normativa[8]. De ahí que una causalidad fáctica deba complementarse con un juicio normativo o de juridicidad, pretendiéndose con ello solucionar los problemas que para la dogmática presenta la teoría de la equivalencia de las condiciones.

Esto comulga con lo presentado por Isidoro Goldenberg en un remarcable trabajo sobre la noción, donde afirma:

> "En la esfera del derecho el principio causal adquiere particularidades propias, diferenciándose de las que presenta en las ciencias naturales

[4] Para las relaciones entre moral y derecho, en el ámbito de la responsabilidad civil especialmente, véase Cane (2003), pp. 12-14.

[5] Moore (2011), p. 325 y ss. Para la construcción del denominado test Ness, véase la similar aproximación de Wright (1985), p. 1788 ss.; Wright (1988), p. 1021 ss.

[6] En el establecimiento de la negligencia no puede silenciarse el análisis de la posición de garante que detenta el demandado dentro de la comunidad de riesgos en la cual todos estamos insertos. En la doctrina civilista nacional, hay un cierto debate entre la tesis de Arturo Alessandri y Hernán Corral, a propósito de la conducta, pero que se proyecta en la idea de construcción del estándar en la culpa. Según el primero (aunque abordado a propósito de lo que denomina la abstención en la acción), el deber de garante se puede reconducir a la regla general de responsabilidad, establecida en el citado artículo 2314. Hernán Corral, en cambio, piensa que el deber de garante solo excepcionalmente no debiera ser formal, porque de otro modo, se correría el riesgo de afectar la libertad de los sujetos. Alessandri (2005), n.º 134, p. 200; Corral (2004), pp. 112-113. Para el tratamiento penal, véase Welzel (2002), p. 293 y ss.; Gimbernat (2018), pp. 1-8 y, para la construcción del deber de garante, 123 y ss. Para la distinción de diversos tipos de omisión, Frisch (2004), pp. 264-283. Para un enfoque como el que estamos planteando, en el derecho penal, en términos de vincular la creación de riesgos no permitidos y el deber de garante con la construcción del estándar de diligencia, véase JAkobs (1997), pp. 124-128.

[7] Véase Hart and Honoré (1990), pp. 10-12. En el mismo sentido Quézel-Ambrunaz (2010), pp. 59-60; 176-177.

[8] Capecchi (2012), pp. 6-7.

> en función de la diversa finalidad con que es aprehendido en aquel ámbito. Esta circunstancia explica la distinta óptica del investigador en uno y otro campo del conocimiento respecto del mismo fenómeno. Cabe señalar que en el tratamiento de este intrincado tema se impone al jurista afinar al máximo su instrumental metodológico. No debe perder de vista el dato esencial de que, aun cuando el hecho causa y el hecho resultado pertenecen a la realidad natural, el proceso causal va a ser en definitiva estimado de consuno como una norma positiva dotada de un juicio de valor, que servirá de parámetro para mensurar jurídicamente ese encadenamiento de sucesos. Para la debida comprensión del problema, ambos niveles no deben confundirse. De este modo las consecuencias de un hecho no serán necesariamente las mismas desde el punto de vista empírico que con relación al área de la juridicidad"[9].

Detectándose también en esta línea las razonables palabras de Franco Melchiori, para quien "sólo el prisma del derecho puede estar más allá de lo que la probabilidad o la estadística decreten sobre la conexión entre un hecho y otro"[10], resumiendo su concepción de causalidad, a aquella que debe ser reflejo de la causa jurídica de un daño, quien la define como:

> "Aquel hecho del hombre o de las cosas que el hombre posee o de la cual se sirve o aprovecha, que permiten caracterizarlo, objetivamente y de acuerdo a criterios jurídicos fundados en cierta base fáctica, como factor directo o indirecto –o de otro modo suficiente– por cuyo influjo ocurrió el daño"[11].

A esta cuestión nos referiremos en el apartado siguiente. Es decir, si con independencia de la discusión filosófica que antecede, a la consideración de la causalidad como un dato fáctico, de los hechos[12], se puede estimar que la introducción de elementos normativos sigue siendo un problema de causa o, bien, de imputación.

---

[9] Goldenberg (1984), pp. 8-10.

[10] Melchiori (2020), p. 15.

[11] *Ibid*.

[12] Este fue, sin embargo, el enfoque de la codificación. Como señalan Guido Alpa y Mario Bessone, tanto en la experiencia francesa y gran parte de la codificación que siguió sus raíces, el nexo de causalidad aparecía como un elemento extraño a la ilicitud, siendo un simple componente material que vinculaba la conducta ilícita con un resultado dañoso, a diferencia de la experiencia del C*ommon Law*, en cuyo seno la relación de causalidad fue siempre un poderoso instrumento para discriminar los intereses merecedores de tutela. Véase Alpa e Bessone (1976), p. 280. Para la tradición codificada, por todos, Ripert y Boulanger (1965), pp. 106, 110.

II. Dos aproximaciones a las funciones de la causalidad

A. La tesis tradicional: la causalidad interviene en la determinación del círculo de responsables y en la determinación de la órbita de los daños reclamados

La causalidad es relevante en el juicio de responsabilidad, pues mediante su operatoria es posible determinar la órbita de los responsables como la dimensión de los daños que deben ser indemnizados, esto es, el *an debeatur* y el *quantum respondeatur*. Para ser responsable de un daño resulta necesario haber participado en su gestación, y, a su vez, que la dimensión de las consecuencias nocivas que se le pretenden atribuir al agente a título de daño directo efectivamente sean vinculables con su participación en el desenlace.

Esta es la tesis tradicional en la doctrina chilena. La causalidad intervendría, por consiguiente, en estos dos momentos diferenciados[13]. Lilian San Martín, sobre el punto, por ejemplo, expone:

> "[...] individualizado un sujeto responsable, es necesario determinar las consecuencias dañinas que deben ser adscritas a la obligación mencionada, pues no basta con sostener que alguien es responsable, es necesario señalar también por cuánto responde. De esta manera, el juicio positivo de responsabilidad civil comprende dos razonamientos sucesivos y copulativos: el establecimiento de la obligación de resarcir a cargo de un sujeto determinado, *an debeatur*, y la determinación de las consecuencias dañinas indemnizables, esto es, la extensión de la responsabilidad, *quantum respondeatur*"[14].

Teniendo presente lo expuesto, la dimensión de las funciones del requisito, gana en pureza, si es que intelectualmente se postula una proyección doble del mismo. Así, en la concepción propia de atribuir a la causalidad una composición dual participan importantes autores. Enrique Barros, explicando la causalidad de hecho, indica que esta "se expresa en una relación empírica de causa a efecto entre el hecho y el daño"[15], mientras que la causalidad jurídica, en una edición anterior de su tratado, sostuvo:

---

[13] La doctrina chilena tradicional es unánime en el sentido de que la causalidad interviene en la extensión de la reparación, al considerar que el daño debe ser directo. Véase Alessandri (2005), p. 395; Aedo (2018), pp. 386-388; Aedo (2020), pp. 119-120; Baraona (2008), pp. 69-70; Barcia (2010), p. 259; Barros (2020), p. 394; Cárdenas (2005), pp. 558-559 y Díez (1998), pp. 71-73.

[14] San Martín (2019), p. 31.

[15] Barros (2020), p. 394.

> "Se expresa en la exigencia de que exista una relación de suficiente proximidad entre ambos, de modo que los efectos dañinos consecuentes del hecho del demandado sólo son atribuidos a ese hecho en la medida que exista entre ambos una relación sustancial y no meramente accidental"[16].

Hernán Corral, de su lado, distingue ambos polos, considerando que las discusiones teóricas que las protagonizan permiten entender, que:

> "Las primeras intentan localizar el momento causal observando los fenómenos empíricos o naturales, y emplazando la conducta humana dentro del cortejo de acontecimientos que ocurren en la naturaleza según las leyes físicas. Las segundas, si bien parten de la observación del suceder causal empírico, estiman imprescindible, para asignar el rol de causa, efectuar valoraciones normativas que superen el marco de las previsiones y conexiones de la mera causalidad fáctica"[17].

Hugo Cárdenas, por su parte, refiere:

> "Concordamos pues con la idea de estudiar la causalidad de forma bipartita. Ello nos permite más fácilmente, aunque sea solo idealmente, visualizar el nexo causal desligado en el tiempo (primero lo fáctico y luego lo jurídico), lo que sin duda posibilita mayor precisión en el análisis"[18].

Uno de nosotros, en otro trabajo, ha argumentado en un sentido similar:

> "En cualquiera de los dos casos, las posiciones expuestas son la constatación de que la solución causal no se satisface con criterios naturalísticos y que, por el contrario, es necesario recurrir a criterios normativos que bien atajen los excesos de la causalidad material o bien permitan solucionar aquellos caos en lo que esta falla"[19].

Lo planteado, conversa con lo dicho por la doctrina comparada. Por ejemplo, en España, Luis Díez-Picazo, proyecta que la causalidad permite:

> "Encontrar alguna razón por la cual el daño puede ligarse con una persona, de manera que se pongan a cargo de esta, haciéndola responsable, las consecuencias indemnizatorias, para la cual se utiliza el concepto de causa en el art. 1902 CC"[20],

---

[16] Barros (2006), p. 374.

[17] Corral (2013), p. 178.

[18] Cárdenas (2006), p. 173.

[19] Aedo (2018), p. 389.

[20] Díez-Picazo (2011), p. 357. Véase también, Bárcena (2014), p. 211, cuando ensaya: "el modelo de bifurcación responde a una exigencia derivada de las prácticas de justificación de las decisiones en las que se apoyan los procesos de selección de causas relevantes para atribuir

y que en otra obra, argumenta:

> "La pregunta es quien debe indemnizar, pero también hasta donde el autor de una de las sucesivas condiciones o daños tiene que indemnizar las subsiguientes"[21].

De igual espíritu es lo que puede ser detectado en la palabras de Christophe Quézel-Ambrunaz, para quien resulta importante la causalidad, entre otras materias, para "la désignation des parties à l'obligation de réparation" como "la détermination du quantum de l'indemnization"[22].

Siempre en el ámbito continental, es una afirmación común en Italia. Ya Adriano de Cupis, quien respecto del "contenido del daño", señalaba:

> "La determinación del quantum respondeatur tiene, precisamente, tanta importancia como la del determinar el an respondeatur, porque, de poco serviría tener derecho al resarcimiento si fuese mínima la entidad del daño a resarcir. En consecuencia, importa enormemente precisar los límites cuantitativos dentro de los que el daño asume sentido jurídico. A estudiar el montaje del daño sujeto a reacción jurídica se dedica esta segunda parte. Emplearemos la expresión 'contenido del daño', ya que 'contenido' es un vocablo que manifiesta lo que se comprende en un ente determinado; y así como, por ejemplo, se habla de 'contenido del derecho subjetivo' para designar el complejo de facultades que lo integran, de igual forma puede hablarse del 'contenido del daño' el íntegro quantum que lo compone"[23].

Y también para Anthony Honoré, quien ilustra:

> "Cuando se escrutina la noción a la luz de su aplicación, se puede identificar la causalidad como una herramienta para múltiples propósitos. Una función clave es predecir lo que se avecina, así como también la identificación de las etapas y si ciertas condiciones están presentes. Bajo esta perspectiva, la noción de causa se asocia a proceso. Otra función es

responsabilidad en el derecho. En esta línea, resulta complicado fundir en una sola las dos etapas de la indagación precisamente porque la 'bifurcación causal' no pretende dar cuenta de cómo conocemos las causas jurídicamente relevantes, sino que constituye más bien, como ya se señaló, un esquema de justificación de los enunciados de causalidad específica" y De Ángel (1993), pp. 814-815.

[21] Díez-Picazo (1999), pp. 331-332. Véase también Díez-Picazo (2007), tomo v, p. 357.

[22] Quézel-Ambrunaz (2010), p. 448. Para el caso francés, Mazeaud y Tunc (1977), pp. 2, 270; Malaurie, Aynés et Stoffel-Munck (2015), p. 55; Viney et Jourdain (2013), p. 239.

[23] De Cupis (2020), pp. 139-140. Véase también, Castronovo (2018), pp. 349-350; Trimarchi (2017), pp. 453-454.

> la del análisis retrospectivo y explanatorio: el de mostrar qué condiciones son las más satisfactorias para la explicación de un evento o estado de cosas ya sucedido. La tercera función es atributiva: fijar la extensión de responsabilidad que los agentes poseen por el resultado de sus acciones o por su intervención en el mundo"[24].

Puede entenderse en consecuencia, que la causalidad en una fase explanatoria, contribuye en la identificación de aquellas condiciones que permiten ser entendidas como determinantes en el origen del daño, en la explicación de los eventos, si se quiere. En cambio, la fase atributiva, derechamente supone la atribución de responsabilidad en el agente y la extensión de la misma. Es notable, pues, la profundidad que se le puede asignar a las normas que hacen referencia a la causalidad en nuestro *Código Civil*, ambos estadios, el deber y el cuánto deber (fase explanatoria y atributiva para Anthony Honoré), reflejan la razonabilidad necesaria del recurso civil resarcitorio, en clave del requisito en examen[25].

B. La distinción entre causalidad e, ¿imputación?

Teniendo en la retina lo que estamos mostrando, por cuanto nos parece esencial en razón de lo que afirmaremos posteriormente, es del caso reconocer que las entrañas del concepto no parecen navegar por aguas quietas.

Y si bien, tal como expone Rodrigo Fuentes:

> "La doctrina y jurisprudencia tradicional postulan que el análisis del nexo causal es una mera cuestión de hecho y, por lo mismo, han descuidado el verdadero significado técnico de la expresión consecuencia inmediata directa del artículo 1558 del CC 'aplicable por analogía en materia extracontractual', a la que asimilan con la mera materialidad del nexo causal"[26],

las aproximaciones intelectuales, tanto dogmáticas como jurisprudenciales, a través de las cuales se ha leído a la causalidad o en las cuales incide la causalidad, no están ajenas al dinamismo del cual dan cuenta algunos instrumentos de *soft law*. Lo relatado impacta, entre otras cosas, en la naturaleza de la causalidad la cual, si bien es, en parte, una cuestión de hecho, gobernada por las

[24] Honoré (2015), p. 1480.

[25] Para revisar más opiniones de doctrina que reconocen la funcionalidad de la causalidad respecto del deber y del cuanto deber, véase por todos Aedo (2018), p. 386 y ss.

[26] Fuentes (2010), p. 24.

leyes de la naturaleza, meramente material, y de concentración en el comportamiento del agente; es discutible que su estructura advierta igualmente una composición normativa[27], en otros términos, el problema radica en sí, como advertíamos, esto último es efectivamente causalidad.

Relevantes autores consideran que la causalidad implica una aproximación exclusivamente fáctica, anclada en factores que se ubican en un espacio anterior al fenómeno dañoso. La causalidad, entonces, obedece, ante todo, a una constatación de lo que en términos físicos ocurre. Luis Jiménez de Asúa, en este sentido, enseña, que "el concepto de causa no es jurídico, es ontológico"[28].

En esta misma línea de pensamiento se ubica Mariano Yzquierdo, quien considera que:

> "El problema de si existe o no relación de causalidad entre la conducta humana y el resultado dañoso no es un problema jurídico. El legislador no es ni puede ser quien decida algo que, como las relaciones entre los efectos y sus causas, sucede siempre extramuros de cualquier apreciación de tipo jurídico. A lo más que puede llegar la intervención del jurista es a seleccionar entre las diferente concausas aquella o aquellas que, desde el punto de vista jurídico, debe interesar para fundamentar el juicio de responsabilidad, y a determinar cuántas de las consecuencias que causalmente se encuentran unidas a la acción del hombre pueden ser puestas a su cargo a través de la obligación de resarcimiento. Pero esto ya no es un problema de oportunidad legislativa o de justicia; en todo caso, de atribución o de imputación objetiva, y como tal, un problema al que el concepto de causa es totalmente ajeno"[29].

El reduccionismo de la causalidad a lo meramente fáctico, puede ser leído en lo escrito por Fernando Pantaleón, quien distinguiendo causalidad de imputación objetiva, razona:

> "Es equivocado buscar un concepto específico de 'causalidad jurídica'. El Derecho no puede sino partir del concepto de causalidad propio de la Lógica y de las Ciencias de la Naturaleza: la llamada 'concepción nomológico-funcional' de la causalidad. Los operadores jurídicos no son 'productores, sino consumidores' de las leyes causales. Por ello puede afirmarse que la decisión sobre la existencia o no de la relación de cau-

[27] La causalidad normativa normalmente se proyecta en la cuestión de la imputación objetiva. Para una visión panorámica sobre la recepción de la imputación objetiva en el derecho de la responsabilidad civil, véase Aedo (2020), pp. 122-126.

[28] Jiménez De Asúa (1963), p. 496.

[29] Yzquierdo (2020), p. 222.

salidad es una 'cuestión de hecho', libre de valoraciones específicamente normativas. Por el contrario, el problema de la imputación objetiva –la función de cuyos criterios es evitar que sean puestas a cargo del responsable absolutamente todas las consecuencias de las que su conducta es causa– es una cuestión claramente jurídica, un problema de valoración a resolver con las pautas, más o menos precisas, ofrecidas por el sistema normativo de responsabilidad. No es correcto, por tanto, considerar las que verdaderamente son teorías de imputación objetiva –entre ellas la mal llamada teoría de la 'causalidad adecuada'– como si se tratara de teorías sobre la relación de causalidad"[30].

Como en lo que expone Carlos Calvo:

"Resulta imperioso distinguir entre la relación causal y la imputación objetiva, como categorías distintas. Ello es así, puesto que mientras el análisis de la causalidad es eminentemente físico o material [...], la imputación objetiva consiste –según afirma Forchielli– en brindar criterios que permitan guiar correctamente el proceso de valoración normativa ponderación entre las distintas causas o riesgos concurrentes, a fin de poder atribuir objetivamente las consecuencias nocivas del hecho dañoso al posible responsable. Así, mientras la decisión sobre la existencia o no de relación de causalidad es una cuestión de hecho, libre de valoraciones específicamente normativas (Pantaleón Prieto), la fase de imputación objetiva que consiste en determinar cuáles de todos los hechos precedentes ligados y causalmente (físicamente) a la conducta del responsable pueden ponerse a su cargo y cuáles no (Infante Ruiz)"[31].

Las ideas antes expuestas arrancan de la tesis del civilista Karl Larenz, quien, precisamente, intenta distinguir los problemas de causalidad, de aquellos de imputación (lo que en lenguaje de Michael Moore sería atribución).[32]

[30] Pantaleón (1991), p. 1563. Un aspecto que nos parece importante rescatar en el pensamiento del autor, es que los criterios de imputación objetiva no deben mirarse como postulados que comulgan necesariamente con el principio prodamnato o províctima. En efecto, la imputación objetiva supone una explicación del juicio de responsabilidad que no presupone una toma de postura que beneficie *per se* al dañado; lo cual cabe ser apreciado en el tenor del análisis ofrecido, toda vez que se abordan desde una aproximación negativa, esto es, haciendo presente cuando estos no deben ser aplicados.

[31] Calvo (2017), p. 760.

[32] Larenz (1958), tomo i, pp. 200-201. Sabido es que Karl Larenz construye su teoría, sobre la base de la filosofía de la imputación de Georg Hegel. Según Reyes (2005), p. 51 y ss., el presupuesto de dicha teoría es el concepto de: "imputación acuñado por Hegel, con arreglo al cual sólo se puede hablar de imputación en el caso que la consecuencia, la mutación del mundo exterior puede atribuirse a la obra del autor. Este principio se traduciría en el principio de la

Mientras la causalidad sería una determinación fáctica de los responsables, la imputación determinaría la extensión de los daños resarcibles. Como explica Paz de la Cuesta, Karl Larenz fundamenta la responsabilidad objetiva en la voluntad capaz de dirigir y prever el curso causal, no siendo una teoría causal, sino una de imputación[33].

Como hemos dicho, en el ámbito continental europeo, la doctrina ha sido adaptada a la dogmática civil por Fernando Pantaleón en España, quien partiendo del supuesto que se trata de una cuestión de imputación jurídica y no de determinar naturalísticamente cuando una conducta es causa de un daño, emplea la expresión "imputación objetiva" para la delimitación de los daños indemnizables. Para ello, propone una serie de criterios de imputación, recogiendo algunos de la teoría causal de Claus Roxin. Entre ellos:

a) el riesgo general de la vida[34];
b) el incremento del riesgo[35];

auto-responsabilidad, conforme al cual sólo se responde de la propia conducta". Sin embargo, los precedentes de la expresión son muy anteriores. El primero que se refiere a reglas de imputación es Pufendorf. Véase Hruscka (2005), pp. 55-56 el primer axioma sobre la imputación es formulado por Samuel Pufendorf en *Elementa*, con arreglo al cual puede imputarse a una persona aquellos que de los que es su causa y está a su alcance. Para el tratamiento de Pufendorf, remitimos al análisis histórico del trabajo de uno de nosotros, Aedo (2018), pp. 173-178.

[33] De La Cuesta (1996), p. 145.

[34] Pantaleón (1991), p. 1985. Tanto en el campo penal como en el civil, se afirma que la vida social supone riesgos, no formando parte del papel de los ciudadanos eliminar todos los riesgos para los demás. Para el derecho penal, Jakobs (1997), pp. 28-29, sostiene que la sociedad tiene un margen de riesgo permitido o tolerado en la vida social. Para Roxin (1997), pp. 363-364, en la denominada teoría de la imputación objetiva, un resultado causado por el agente solo se puede imputar si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por el riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto. Para el derecho civil, aceptan el mismo criterio, Díez-Picazo (2007), p. 343, Para el caso chileno, especialmente Barros (2020), p. 402; Corral (2004), pp. 194, aunque lo trata junto con el criterio del incremento de riesgo

[35] Según las palabras de Fernando Pantaleón: "No toda conducta que crea el riesgo de lesión de los bienes de los demás puede ser calificada de negligente. Por razones fáciles de comprender, todo ordenamiento jurídico considera correcta la realización de actividades más o menos peligrosas, en atención a la mayor o menor utilidad social de las mismas y la mayor o menor coste social de las medidas de reducción del riesgo. Una conducta sólo es negligente cuando sobrepasa los límites del riesgo que, a la luz de aquellos datos, el ordenamiento estima aceptable o tolerable; cuando sobrepasa, por emplear la terminología al uso, los límites del riesgo permitido". Pantaleón (1991), p. 1986. Con todo, la formulación de Fernando Pantaleón se escapa de la de Claus Roxin. Para su tratamiento en el derecho penal, véase Gimbernat (2018), pp. 13-63. Como explica el autor, hay dos grandes teorías para resolver el problema de los cursos causales hipotéticos y el comportamiento lícito alternativo. Con la denominada teoría de la evitabilidad, el resultado no se puede imputar si el mismo resultado se hubiera conseguido con el comportamiento conforme a derecho. La teoría varía según si se exige certeza o mera probabilidad para la determinación del curso causal alterna-

c) la prohibición de regreso[36] y
d) el fin de protección de la norma[37],

entre otros.

Al margen del empleo de criterios de imputación objetiva de Claus Roxin, también el ámbito hispanoamericano ha recibido la doctrina de Jakobs, relativa al fin de protección de confianza. Según este principio, como afirma Günter Jakobs, si alguien genera una situación inocua, puede confiar en que otro cumplirá con las funciones derivadas de su responsabilidad; en segundo término, se puede dirigir a que una determinada situación preexistente haya sido preparada de modo correcto por el tercero, de manera que quien hace uso de ella, cumpliendo sus deberes, no es responsable[38]. Desde esta lectura,

tivo, pero en todo caso, la tesis se hace operar desde el principio *in dubio pro-reo* y mientras más se recurre a la probabilidad, dicho principio se hace pesar todavía más. Con la idea del incremento del riesgo, introducida por Claus Roxin, se persigue determinar si la infracción del deber de cuidado representa un aumento significativo para la víctima, comparada con la situación anterior a dicha infracción. Si la respuesta es positiva, procedería la condena. Se ha rechazado el criterio, para resolver problemas de responsabilidad médica, en cursos causales hipotéticos como, por ejemplo, el consentimiento hipotético. Véase Hernández y Chahuán (2021), p. 24 y Pizarro (2015), p. 114.

[36] Pantaleón (1991), p. 1985. Con este criterio se propone negar la imputación objetiva del daño cuando en el proceso causal dañoso, puesto en marcha por el demandado, ha sobrevenido una conducta dolosa o gravemente imprudente de un tercero, salvo que dicha conducta se haya visto significativamente favorecida por la actuación del demandado o, con más claridad, sea una de aquellas que la norma de cuidado infringida tenía la finalidad de prevenir. Ha formulado el criterio, en este sentido, Jakobs (1997), pp. 31-32, seguido por Díez-Picazo (1999), p. 344. Véase también De ÁNgel (2014), pp. 45-46. Para el recepción en nuestro sistema, véase el trabajo de uno de nosotros, Aedo (2006), p. 307 y ss.; Aedo (2020), p. 124.

[37] En este caso, no pueden ser objetivamente imputados a la conducta del autor del daño aquellas infracciones que recaigan fuera del ámbito de protección de la norma cuya violación se invoca. Han sostenido este criterio, entre otros, Pantaleón (1991), p. 1987; DÍez-Picazo (1999), p. 348; De Ángel (2014), p. 47. Para el caso chileno, Barros (2020), p. 404 y ss. Para este autor, las reglas de responsabilidad por culpa exigen una conexión de ilicitud entre la regla de conducta (cuya infracción funda el juicio de negligencia) y el daño que esa regla persigue prevenir. Un juicio crítico al criterio se encuentra en Corral (2004), p. 194.

[38] Según este principio, como afirma Jakobs (1997), pp. 25-30, si alguien genera una situación inocua, puede confiar en que otro cumplirá con las funciones derivadas de su responsabilidad; en segundo término, se puede dirigir a que una determinada situación preexistente haya sido preparada de modo correcto por el tercero, de manera que quien hace uso de ella, cumpliendo sus deberes, no es responsable. Como señala Günter Jakobs: "En el ámbito de la omisión es evidente que no todos responden de cualquier consecuencia lesiva que estén en condiciones de evitar, sino que obligado sólo lo está quien es titular de una posición de garantía. Si examinamos quienes son titulares de posiciones de garantía, en primer lugar, llaman la atención quienes participan en las organizaciones constitutivas de la sociedad: el padre y la madre como garantes de los hijos, el Estado como garante de la seguridad interior y exterior, determinados médicos como garantes en el sistema sanitario, servicios de protección civil, etc.

ahora normativa, se arranca de la premisa de que todas las personas cumplen un papel social, es decir, como indica Luis Díez-Picazo, toca a las personas administrar un determinado segmento de la vida social y, en consecuencia, la cuestión está en determinar de qué modo se apartan de ese papel exigido[39]. En otro lugar, uno de nosotros ha empleado el criterio especialmente para el análisis de la participación de la víctima en su propio daño[40].

La construcción trasplantada al campo civil y adoptada en Chile ha sido la teoría desarrollada por Claus Roxin y Günter Jakobs, como hemos advertido[41]. Según el primero, un resultado causado por el agente solo se puede imputar si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por el riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto. Agrega:

> "Mientras que la falta de creación de peligro conduce a la impunidad, la falta de realización del peligro en una lesión típica del bien jurídico sólo

La configuración del contenido del deber a través de roles estrictamente predeterminados es palmaria en estos casos. Sin embargo, también los deberes en virtud de la organización, que existen junto a estos deberes institucionales, se basan en una predeterminación a través de roles. Los deberes que comporta el tráfico en general -que son los que principalmente han de traerse aquí a colación-, en cuanto deberes de aseguramiento, o, en caso de injerencia, como deberes de salvamento, son deberes que pertenecen al rol de aquellos que asumen libertad de organización. El derecho a la libre organización conlleva como sinalagma el deber de ocuparse de que dicha organización no resulte lesiva. En esta medida, se trata del rol genérico de toda persona de reclamar derechos -libertad- y de reconocer los derechos de los demás".

[39] Díez-Picazo (1999), p. 342. Para el derecho chileno, Piña (2005), pp. 55; 57, quien se desempeña en una actividad lucrativa, como un empresario, debe conducirse con el principio normativo de la confianza, en el sentido de que: "[…] no tiene que contar con que su conducta produzca un resultado prohibido debido al comportamiento inadecuado de otro".

[40] Aedo (2013), p. 518 y ss. y Aedo (2018), p. 358 y ss.

[41] Como afirma José María Peláez Mejía, para las relaciones entre causalidad e imputación objetiva, en el campo penal (materia en la que no podemos detenernos), se han elaborado las siguientes teorías: "No obstante, en torno a las relaciones entre causalidad e imputación objetiva se encuentran al menos las siguientes posturas: (i) aquellos para quienes la imputación objetiva reemplaza completamente la determinación del nexo causal como elemento independiente en la configuración de la tipicidad; (ii) los que afirman que la causalidad como elemento del tipo penal objetivo no ha desaparecido, sino que simplemente se ha integrado a la imputación objetiva como uno de sus escalones de estructuración internos; (iii) quienes declaran que la causalidad en los delitos de resultado es simplemente un presupuesto necesario y previo a la determinación de la imputación objetiva pero insuficiente para la afirmación del tipo penal objetivo, por lo que su coexistencia en la configuración de este no resultaría problemática, sino por el contrario indefectible y (iv) los que abogan por la desaparición de la imputación objetiva y el renacimiento de la causalidad como criterio único de atribución utilizando para ello nuevas teorías provenientes de otras disciplinas del conocimiento que permitan determinar el nexo causal, ya que la mayoría de los casos que resuelve la imputación objetiva son en realidad casos propios la de la causalidad". Véase Peláez (2018), pp. 298-299.

> tiene como consecuencia la ausencia de consumación [...]. En resumen, pues, se puede decir que la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo"[42].

Además de la regla general, Claus Roxin enuncia criterios complementarios que permiten especificar la regla general señalada, entre los que encontramos la exclusión disminución de riesgo y la falta de creación de peligro y exclusión en casos de riesgo permitido[43]. Y, como advertimos, Günter Jakobs construye la teoría de la imputación desde la idea de los papeles sociales que los individuos deben representar en una sociedad[44].

En ambas perspectivas, como es natural suponer, los criterios de imputación objetiva no tienen por finalidad delimitar daños, sino determinar quién responde. Trasladarlos a la responsabilidad civil, con la idea que sirven al segundo propósito, implicaría falsear su sentido. No obstante, también es importante tener presente que la imputación objetiva favorece propósitos propios del ámbito penal y que enfoca el problema penal en la prevención[45], mientras que la

[42] Roxin (1997), pp. 363-364. Se debe considerar, en todo caso, que el planteamiento de Claus Roxin ha sido vivamente debatido en el campo penal: las razones son variadas, pero pueden considerarse tres tipos de objeciones. La primera es que, en tanto el criterio determina una órbita de riesgos en abstracto, se ha exigido una cierta trascendencia del riesgo para considerar la creación del riesgo como ilícito, pero, en palabras de Bernardo Feijoo, es una posición difícil de precisar si se atiende a riesgos concretos. Por ejemplo, en el caso que alguien cause un daño condiciendo a 56 km por hora, en una zona de cincuenta kilómetros, acreditándose que el daño no pudo haberse evitado, aun ajustándose a la norma. También se ha criticado la extensión indebida que la norma plantea al principio de legalidad. Y, en tercer lugar, se ha criticado su extensión a determinados tipos penales: en principio, a delitos dolosos, cuando Claus Roxin considera el criterio, primitivamente, para delitos imprudentes; y, la aplicabilidad del criterio a los problemas de comisión por omisión. A esta última cuestión, nos referiremos más adelante. Para las críticas, véase el citado Feijoo (2018), pp. 49-59. Sobre estos problemas, véase también Frisch (2014), p. 56 y ss.

[43] Roxin (1997), pp. 365-366; 371, 373.

[44] Jakobs (1997), p. 25. Es posible advertir, en el denominado principio de confianza, un criterio más seguro para ser aplicado, tanto a la responsabilidad civil como a la penal. Feijoo (2018), pp. 184-186, sostiene que, en un Estado democrático de derecho, el reconocimiento del otro, de los conciudadanos, en tanto iguales y, por consiguiente, de la libertad ajena, establece el principio de autorresponsabilidad. Para fundar el criterio de autocuidado, entonces, se debe estar a la idea de libertad, en la formulación de Georg Hegel, cuya normativización se ha trasladado a como fundamento a la responsabilidad civil, y a la penal.

[45] La teoría de la imputación se presenta como un nuevo sistema penal. A diferencia de las tesis ontológicas (causalista o finalista), la imputación objetiva pretende la reconstrucción desde el plano valorativo del tipo. Como afirma Yesid Reyes: "En síntesis, puede afirmarse que el contenido de una conducta 'injusta' es labor de una teoría de la imputación objetiva, mientras el desarrollo de lo que atañe a su aspecto individual incumbe a una teoría de la imputación

responsabilidad civil se asienta especialmente, más allá de las discusiones sobre las funciones, en la reparación. Ello justifica la declaración de Ricardo de Ángel:

> "Quiero decir que no llego a ver diferencia alguna entre la denominada imputación objetiva y la idea clásica o tradicional de causalidad (la 'jurídica', desde luego). Expresado de otra manera, entendería la locución imputación objetiva si se quisiera dejar claro que la imputación ('Zurechung') no deriva del curso físico de los acontecimientos, contemplados en sí mismos; es decir, sin un enjuiciamiento jurídico de ese curso. Pero, a mi juicio esto último no es así (en el terreno de la responsabilidad extracontractual) desde hace muchas décadas; en concreto, desde que la causalidad dejó de ser contemplada (por la doctrina y por los tribunales) sólo a la luz de la equivalencia de las condiciones. Y ese enjuiciamiento jurídico, que entre los 'causalistas' siempre ha implicado una considerable carga de apreciación subjetiva (la inherente al imputar, sin adjetivos ni predicados), no ha tenido nunca –es obvio– otra finalidad que la de lograr una solución de derecho"[46].

En este sentido, creemos, también, que separar la imputación de la causalidad, agrega un elemento más al juicio de responsabilidad, el cual de por sí es complejo, sin que existan reales justificaciones al respecto; por cuanto cuando el juez imputa, aplica un criterio de orden lógico con el propósito de explicar por qué un determinado comportamiento (*an debeatur*) puede ser o no entendido como el origen de un resultado y, más concretamente, de las consecuencias (daños directos) que deben ser indemnizadas con cargo al patrimonio del responsable (*quantum respondeatur*), lo que no es otra cosa, a nuestro modo de ver, que un razonamiento causal. Lo que indicamos se refleja en el desarrollo que tuvo la teoría de la causalidad adecuada, normativa por excelencia.

C. Consecuencias de la aproximación causal en el doble test

La bifurcación de funciones, que defendemos, importaría, en consecuencia, más allá de la discusión antes anotada, entender la causalidad como una cuestión de derecho, que debería ser conocida, por consiguiente, vía casación en

subjetiva". Reyes (2005), p. 68. Como indica Frisch (2004), pp. 32; 38-41, la teoría se ha transformado en una especie de megateoría con la que bajo la rúbrica de imputación se busca resolver problemas de injusto. En la responsabilidad civil, para la controversia dogmática en torno a la imputación objetiva, véase el trabajo de uno de nosotros, Aedo (2017), pp. 350-351.

[46] De Ángel (2017), p. 345.

el fondo, o recurso de nulidad por error de derecho, cuando los jueces desatienden la aplicación de los criterios normativo, que se superponen al test áctico[47].

En la jurisprudencia, la única excepción en términos de casación en el fondo, sigue siendo la sentencia de 26 de enero de 2004[48], que resolviendo en su considerando cuarto, dispuso:

> "Que tradicionalmente se ha estimado que la causalidad exige que entre el hecho y el daño exista una relación necesaria y directa y si bien estas expresiones resultan un tanto vagas para resolver los casos más complejos, tiene la virtud de destacar los elementos determinantes de la causalidad: el naturalístico y el normativo. El primero exige una relación natural de causalidad, que se expresa en un nexo de causa a efecto, y el segundo, que el daño resulte atribuible normativamente al hecho",

y más adelante, en su considerando sexto, ordenó:

> "Que, con todo, la causalidad es una cuestión de hecho en su primer aspecto –el naturalístico–, esto es, entendido como condición necesaria de la responsabilidad; pero la atribución normativa del daño al hecho ilícito (daño directo) encierra elementos y aspectos de derecho, y como tal, es susceptible de ser revisados por la Corte Suprema mediante el presente recurso de casación en el fondo".

Ya lo había advertido así Arturo Alessandri:

> "Los jueces del fondo establecen soberanamente los hechos materiales de donde el actor pretende derivar la relación causal. Para determinar si esta relación existe, si el daño ha tenido o por causa necesaria el hecho ilícito es una cuestión de derecho susceptible, por tanto, de ser revisada por la Corte de Casación"[49];

y otra que implica corregir una lectura causal exclusivamente fundada en la facticidad material de los eventos.

La segunda cuestión es si siempre deben concurrir ambos elementos para la determinación causal. Como veremos, el esquema elementos fáctico-normativos, no siempre concurren conjuntamente.

---

[47] En este sentido, Krause (2014), p. 83.

[48] Corte Suprema, rol n.º 2947-2002, de 26 de enero de 2004. Para el análisis del fallo y otros de la Corte Suprema, en la que se hacen declaraciones similares, véase Aedo (2018), pp. 393-394.

[49] Alessandri (2011), p. 181.

III. ¿Siempre concurre, en la determinación causal, un test fáctico y uno normativo?

Si afinamos un poco más el lente visualizamos que, respecto de casos calificables como simples, bastaría una teorización naturalística para resolverlos, reservándose, entonces, el ejercicio normativo para el abordamiento de cuestiones de corte más complejo.

Es por ello que la composición normativa de la causalidad no puede desvincularse de su composición material, pudiendo esta última operar, sin embargo, sin necesidad de reflexionar en torno a la anterior, siempre que las circunstancias del caso y los imperativos de justicia lo permitan. En tal criterio se pronuncia Jordi Ferrer, afirmando:

> "En este punto la noción de causalidad jurídica opera seleccionando, bajo criterios diversos y no siempre compatibles, un subconjunto de las causas en sentido material a los efectos de la posterior atribución jurídica de responsabilidad. Criterios como el de la causa próxima, la causa eficiente, la causa adecuada, etc., operan precisamente de este modo. En definitiva, la causalidad material y la jurídica están relacionadas, de modo que la segunda presupone a la primera, pero a la inversa no vale"[50].

En síntesis, la teoría de la equivalencia de las condiciones, naturalística por excelencia, puede por sí misma ocuparse del problema causal, tal como ha acontecido en Chile normalmente. Si bien lo indicado ha permitido argumentar que la causalidad fáctica encierra también una dosis de normatividad, la verdad es que no lo compartimos, pues creemos que lo que refleja esa supuesta normatividad obedece a la aproximación conceptual de la teoría de causalidad que se aplica al caso concreto, así como tampoco implica atribuir normatividad al nexo causal que se define al amparo del derecho[51].

---

[50] Ferrer (2014), p. 218. El citado autor aborda la distinción entre causalidad material y jurídica desde un prisma más amplio. En rigor, distingue tres criterios de separación en los cuales en este trabajo no ingresaremos.

[51] En este sentido, en línea de reconocer que el análisis de la órbita ontológica de la causalidad no se encuentra ajena de valoraciones normativas, Bárcena (2014), pp. 191 y 194, aunque para posteriormente cuestionarlo, declara: "una muestra de que la causalidad fáctica no es una cuestión exclusivamente empírica es la existencia de múltiples tests para verificar si en un caso concreto un evento ha contribuido causalmente a que tuviera lugar un daño. Si al final de cuentas la decisión de emplear un test en lugar de otro es una cuestión normativa, en el sentido de que está condicionada por lo que establezca el derecho, ya sea en sede legislativa o jurisprudencial, no puede decirse que la determinación de la causalidad fáctica sea una actividad exclusivamente empírica". Más adelante sostiene el citado autor: "Es innegable que el derecho proporciona el marco donde se lleva a cabo la indagación sobre la causalidad

En otras palabras, cuando el curso causal es simple porque, por ejemplo, estamos en presencia de una acción, un despliegue físico en el mundo, y se produce un contacto físico directo, no cabe duda que la teoría de la equivalencia de las condiciones puede solucionar el problema.

Pero en otros casos, aun cuando la causalidad pueda ser determinada fácticamente, es indispensable la introducción de un criterio normativo que la limite. En esta senda pueden operar, por ejemplo, los criterios de prohibición de regreso y fin de protección de la norma que acabamos de analizar. Veamos un par de ejemplos.

En cuanto a la prohibición de regreso, piénsese en un caso como el que sigue. La víctima, sufre una caída en una multitienda, debido a que el piso estaba mojado. A raíz de la caída, se le prestan los primeros auxilios y se le atiende en urgencia. El traumatólogo que atiende a la víctima, diagnostica esguince de tobillo. Como la víctima sigue empeorando, decide acudir a un segundo traumatólogo, que confirma el diagnóstico. Finalmente, un tercer traumatólogo, especialista en tobillos, diagnostica un daño irreparable en el tobillo, producido por el diagnóstico erróneo. No cabe duda que, desde el plano fáctico, todos los involucrados responden causalmente, pero desde la perspectiva normativa, la prohibición de regreso importa afirmar la responsabilidad de los médicos, pues no se encuentra dentro de la órbita de riesgos de la sociedad comercial, velar por el correcto desempeño de la *lex artis* médica.

Pueden anotarse algunos ejemplos jurisprudenciales en los que se determina la órbita de riesgos en función del objeto o radio de actividad. En la sentencia de la Corte Suprema, de 18 de noviembre de 2011[52], la culpa se presenta como un criterio de distribución de riesgos sociales. La sociedad titular del servicio público de producción y distribución del agua potable debe asumir el riesgo que implican las inundaciones, máxime cuando, según la Corte, ofrecía a los propios clientes un mecanismo técnico que, implementado, evitaría el riesgo de la inundación. Luego, la culpa se demuestra al no haber empleado dicho mecanismo, el que se enmarca en su radio propio de acción[53]. En este sentido, también, puede examinarse la sentencia de la Corte de Apelaciones

fáctica [...]. Todas esas normas intervienen en la determinación de la causalidad fáctica, y sin embargo, ello no quiere decir que no sea en sí misma una labor de naturaleza empírica".

[52] Corte Suprema, 18 de noviembre de 2011, rol 5.040-2009, LTM11.391.867.

[53] Dijo la Corte: "Que, resulta paradójico que la empresa le haya comunicado a sus usuarios reclamantes por inundaciones de aguas servidas (razonamiento Séptimo) que no tiene responsabilidad en dichos eventos, pero no obstante ello, les ofrece instalar a su costo 'una válvula antiretorno en la unión domiciliaria, cuya función es prevenir inundaciones a futuro', o sea la empresa concesionaria dispone de un dispositivo técnico que, instalado en la unión a la red de alcantarillado, evitaría las inundaciones de aguas servidas en cada inmueble, por lo que hay que concluir que, a lo menos, existió desidia de la proveedora del servicio para solucionar este problema".

de Concepción, de 7 de septiembre de 2021[54]. La empresa fue condenada por haber entregado un decodificador defectuoso, no certificado, que provocó, en definitiva, un incendio en el hogar.

Un segundo caso en este sentido es el criterio normativo del fin de protección de la norma. Un ejemplo puede encontrarse en la Corte Suprema, de 12 de septiembre de 2013, se rechazó la demanda empleando el criterio del fin de protección de la norma. La demanda se fundamentó en los siguientes hechos: Carlos Neely Ivanovic, abogado que a la sazón tenía ochenta y dos años de edad, narra que el día 7 de marzo de 2008, mientras transitaba por calle Javiera Carrera Norte de la comuna de La Reina, al pasar frente al n.º 380, donde la vereda estaba pavimentada con trozos de piedra laja en bruto, desordenadamente dispuestos sobre una capa de concreto, con desniveles invisibles, su pie izquierdo resbaló, cayendo y experimentando como secuela una fractura en dicho miembro, que le originó ingentes daños materiales y morales. Para la Corte:

> "Aún admitiendo, para efectos puramente didácticos, que fuesen efectivas las aseveraciones tocantes al incumplimiento municipal de los deberes de inspección, conservación, señalización y advertencia a que los jueces aluden, en los términos que lo hacen, no vislumbra esta Corte en qué virtud pudiere de ello necesariamente seguirse el susodicho nexo causal, habida cuenta que caer con ocasión de un personalísimo deslizamiento no se aviene ni compadece con yacer producto de algún inadvertido desnivel, baldosa o elemento suelto, o bache. Como es fácil advertir, tal aserto echa por tierra la estructuración del veredicto del achaque, en punto a la insubstituible necesidad de relación causal y, por lo mismo, desvanece la aplicabilidad, para la adecuada resolución jurídica del negocio, de los preceptos que los adjudicadores usaron para fundamentar su decisión, esto es, los artículos 100 y 195 de la Ley 18.290 (razonamiento 6° de la sentencia), el 174 de idéntica legislación (fundamento 8°) y el 142 de la 18.695 (argumento 7°); En otra perspectiva, por cierto complementaria de la relativa a la causalidad, se tiene que tampoco se daría aquella otra condición indispensable en tema de responsabilidad, como lo es el de la imputabilidad, pues las presuntas y no descritas omisiones en que habría incurrido el municipio no explican per se el fenómeno de la caída, desde luego porque muchas otras razones pudieron mediar para que ella se consumara pero, además, porque y como tantas veces manifestado, es el propio demandante quien la imputa a un resbalón, sin que se encuentre establecido que ella respondiera a un supuesto desperfecto de la vía peatonal pública".

[54] Corte de Apelaciones de Concepción, 7 de septiembre de 2021, rol 1258-2019, CL/JUR/76720/2021.

En otros casos, finalmente, la teoría de la equivalencia de las condiciones, con el test de la supresión mental hipotética, falla[55]. Aquí estamos en presencia de distintos supuestos, como causalidad hipotética y alternativa, en el que debe recurrirse a criterios adicionales: incremento del riesgo en la primera, si se admite, y, creación de riesgo no permitido, en la segunda, entre otras. En este trabajo, hemos visto algunos ejemplos. En definitiva, la aproximación normativa resulta necesaria cuando, a juicio del citado Obdulio Velásquez:

> "[...] es difícil determinar el origen de una cadena causal física debido a que la combinación ilimitada de posibilidades hace que no todos los supuestos de búsqueda de la relación causal aparezcan dotados de claridad para el intérprete. Esta dificultad en identificar la causalidad física hace que deba combinarse con la causalidad jurídica para imputar la producción del daño a una o varias de las posibles causas físicas"[56].

[55] Roxin (1997), pp. 350-351, pone de relieve que es una doctrina inútil, que no aporta nada para comprender la causalidad, pero que, además, se trata de una fórmula que puede inducir a error y pone dos ejemplos: uno de causalidad hipotética y otro de causalidad alternativa. Véase también, *in extenso*, Castaldo (2008), pp. 21-27. Karl Engish le reprocha utilidad, en el sentido de que los cursos causales deben ser descritos o conocidos anticipadamente para poder eliminarlos mentalmente. Véase Engish (2008), p. 21. En un sentido similar, Anarte (2002), pp. 29-40; Barros (2020), pp. 444-445; Reyes (2005), pp. 229-234. En el C*ommon Law* se ha planteado el mismo problema. La jurisprudencia anglosajona utilizó, en principio, el denominado test *but for*, muy similar a la doctrina de la equivalencia de las condiciones, para comprobar la denominada *causation in fact*. Con el tiempo, sin embargo, se han ido incorporando nuevos criterios jurisprudenciales. Sobre este tema, véase el trabajo de Honoré (2002), p. 94 ss. También publicado en Owen (1997), p. 363 ss.; Wright (1988), pp. 1020-1022 y Wright (2008), p. 1303. En un sentido similar, Capecchi (2012), pp. 160-162. En palabras de Corral (2008), pp. 39-40: "La causation in fact pretende ser una constatación de orden meramente fáctico o empírico, tendiente a comprobar si la acción u omisión culposa del demandado puede colocarse en la cadena causal de acontecimientos que derivaron en el resultado dañoso. En este sentido, es un juicio que se supone técnico y desprovisto de valoraciones de justicia o injusticia. Al pasarse al escalón siguiente, la proximate cause, se asciende a otro orden de consideraciones. Se trata de establecer un límite a la responsabilidad del demandado por sus actos, ya que se concuerda que de aplicarse simplemente el criterio fáctico la responsabilidad sería infinita tanto para adelante como para atrás. Es necesario entonces acordar, mediante una valoración prudencial (los autores hablan de 'policy reasons') hasta dónde es posible imputar o hacer recaer en el demandado las consecuencias dañosas de sus actos. Por ello, no basta que la culpa del demandado pueda colocarse en la cadena causal de sucesos que determinan un cierto daño, sino que es necesario que ella sea calificada, de acuerdo con criterios de política jurídica, como una causa próxima o cercana, y que permita que la decisión de imponer responsabilidad se conforme con los sentimientos generales de justicia". Quézel-Ambrunaz (2010), pp. 40-41, explica algunos de los correctivos a la teoría, como el principio de exclusión de condiciones irrelevantes, la restricción de daños de un determinado tipo, entre otros.

[56] Velásquez (2020), p. 508.

Veamos dos ejemplos de lo dicho.

Un caso sería el de la causalidad alternativa. Es del caso hacer presente que comentados litigios se han pronunciado sobre este tipo de causalidad en Francia, ordenando inversiones en el peso de la prueba de la causalidad y, en definitiva, disponiendo que son los miembros del grupo quienes deben acreditar no estar en el origen del daño. La cuestión conlleva la imposibilidad de atribuir causalidad a un establecimiento de salud, cuando dentro de un lapso de tiempo, en el cual un paciente fue internado en dos o más recintos, acusa un cuadro infeccioso sin que pueda determinarse en cuál de ellos fue contraída[57]. Será entonces el centro de salud demandado quien deba demostrar que su actuar no ha originado el perjuicio cuya indemnización se reclama. Entendemos que, en definitiva, la responsabilidad es ordenada de acuerdo con una ficción, pues es probable que el demandado no haya sido en el hechos el causante del daño. Y, ciertamente la solución, constituye una paliativo al problema de la incerteza causal[58], que explora una vía distinta al uso indiscriminado de la pérdida de chance, como criterio de causalidad normativa de causalidades inciertas o de difícil determinación. Entre nosotros, mientras para Enrique Barros[59], es posible la responsabilidad solidaria en cursos causales alternativos, Hernán Corral, en cambio, lo niega[60].

Probablemente, el problema más complejo tiene relación con la omisión. En efecto, a propósito de la omisión tiene lugar el debate filosófico con el que iniciamos este trabajo, pues en ella la cuestión se resuelve según la aproximación que se defienda sobre la naturaleza de la causalidad. En efecto, si la causalidad es una relación del pensamiento o una categoría del pensamiento, o una cuestión de lenguaje –aproximación desde el formalismo causal–, que importa la relación de vinculaciones y no una categoría ontológica, la causalidad puede afirmarse en las omisiones, con la aplicación de la teoría de la equivalencia y su juicio hipotético, a la inversa[61]. Si, en cambio, la causalidad es una categoría ontológica, la omisión no puede vincularse causalmente con el daño, pues ella es una categoría del ser, y no una relación del pensamiento[62].

---

[57] Munita (2018), p. 760 y ss.

[58] *Op. cit.*, p. 743 y ss.

[59] Barros (2020), p. 445.

[60] Corral (2004), p. 200: "Otro supuesto ocurre cuando las acciones de los agentes, en cambio, pueden considerarse todas causas del daño, aunque fueron realizadas de modo independiente, como por ejemplo, si dos industrias vierten sus desechos tóxicos al cause de un agua, que produce la intoxicación de quienes beben de él. En este caso, pareciera que, siendo ambas conductas causas del daño, deben contribuir a su reparación en proporción a la entidad causal de sus comportamientos".

[61] Véase, por todos, Gimbernat (2018), pp. 373-376.

[62] Para esta cuestión Aedo (2020), p. 136; Anarte (2002), p. 403; Corcoy (2018), p. 394; Gimbernat (2018), p. 47 y ss.

Frente a este problema, se ha propuesto que la causalidad se satisface solo con criterios normativos el de creación de riesgos no permitidos. Uno de nosotros, sin embargo, ha sostenido que dicho criterio no puede diferenciarse de la culpa, la que resolvería directamente el problema causal[63]. Lo cierto es que este argumento entronca con la tradición chilena. La doctrina chilena tradicional, encabezada por Arturo Alessandri[64], al analizar la relación de causalidad, estima que esta se configura cuando puede conectarse la culpa o el dolo con el resultado dañoso:

> "Para que el hecho o la omisión de una persona capaz de delito o cuasidelito civil le imponga responsabilidad delictual o cuasidelictual civil, no basta que ese hecho u omisión haya sido ejecutado con dolo o culpa, ni que cause daño. Es menester que entre el dolo o la culpa, por una parte, y el daño, por la otra, haya una relación de causalidad, es decir, que éste sea consecuencia o efecto de ese dolo o culpa [...]. Un delito o cuasidelito obliga, por tanto, a la indemnización cuando conduce a un daño, cuando éste es su resultado, cuando el daño se induce de él, cuando el daño puede atribuirse a la malicia o negligencia de su autor".

Y, como enseña Enrique Barros:

> "Ante todo, es injusto que quien haya creado un riesgo sustancial, sin incurrir en el cuidado debido, jamás sea responsable, a pesar de que la materialización de ese riesgo es un cierto porcentaje de víctimas resulte comprobable; si así fuere, la balanza se inclina sin justificación en perjuicio de

[63] Aedo (2020), pp. 133-137. Antes, Baraona (2008), pp. 78-79, había dado cuenta de la construcción de la causalidad, sobre la base de infracción de deberes, sin llegar a identificarlo con la culpa. Como afirma San Martín (2019), pp. 50-51, no puede negarse una intrínseca conexión entre el juicio de causalidad y el juicio de culpa, que, como hemos afirmado, tiene innegable raíz histórica, en la medida que, en el sistema de culpa, interesa rescatar solo el comportamiento culpable. Para el derecho comparado, léase la autorizada voz de Honoré (2013), p. 1079: "En los casos de responsabilidad por culpa, la conexión causal (Kausalzusammenhang en la terminología alemana) no puede ser separada de la conexión ilegal (o ilícita) (Rechtswidrigkeitszusammenhang); la separación de estos conceptos, planteada por algunos autores alemanes, es una fuente de error. El punto es dilucidar si una determinada conducta culposa (o una conducta creadora de riesgo que da lugar a una acción responsabilidad estricta) causó un determinado daño". Agrega: "En responsabilidad extra-contractual el punto no consiste en plantearse la pregunta abierta '¿cuál fue la causa de este daño?', sino '¿fue causado el daño por el hecho que el demandado se comportara de manera ilícita o creando un riesgo indebido?'. La primera pregunta requiere de una explicación de cómo se produjo el daño, mientras que la segunda pregunta requiere de un análisis de la responsabilidad del demandado por la conducta descrita en categorías establecidas por la ley". De todos modos, se trata de una función histórica, como hemos probado en otro lugar. Véase Aedo (2015), p. 61 y ss.

[64] Alessandri (2005), pp. 174, 176.

las víctimas. También desde el punto de vista preventivo se justifica aceptar la causalidad basada en la probabilidad: sólo así quien provoca el riesgo tiene incentivos proporcionales para evitarlo. Todo indica, en consecuencia, que, a falta de norma expresa, la probabilidad significativa de que el daño se deba a la negligencia del demandado puede dar lugar a la responsabilidad"[65].

Conclusiones

Entendemos que la causalidad fáctica debe complementarse con un juicio normativo o de juridicidad, a través del cual sea posible avanzar en soluciones concretas a los problemas que para la dogmática presenta la teoría de la equivalencia de las condiciones.

Sin perjuicio de lo anterior, la regla indicada admite ciertas derivadas, las cuales comulgan con la idea que la causalidad no significa una suerte de recetario inmodificable respecto del cual deba siempre y en todo caso enderezarse el mismo ejercicio intelectual.

Es en este sentido, que nada impide que respecto de ciertos eventos la nocividad del hecho generador pueda en sí misma reflejar su carácter se *condictio sine qua non*, sin que realmente sea necesario un análisis causal que incorpore una aproximación normativa del vínculo. Por otra parte, nada impide tampoco, que en contextos dañosos impulsados por omisiones, sea la sola causalidad normativa la que permita sentar las bases de la causalidad. Otro tanto ocurre con causalidades alternativas e hipotéticas, en que resulta necesario recurrir a criterios de causalidad normativa (o de imputación objetiva, si se quiere) con el propósito de resolver los asuntos, toda vez que en estos contextos la equivalencia de las condiciones falla.

Desde otra perspectiva, un aspecto que ha sido objeto de desarrollo, corresponde a la, por algunos defendida, distinción entre la causalidad e imputación. La verdad es que no compartimos dicha formulación. Consideramos que el separar la imputación de la causalidad supone incorporar un cuarto elemento a las condiciones de la responsabilidad civil, y añadirla al hecho generador, daño y causalidad, la cual para quienes defienden dicho predicamento sería siempre fáctica o material.

De aquí, que siendo ya complejo el análisis de la cuestión, consideramos que se oscurece un tanto más separando la imputación de la causalidad. En efecto, cuando el juez imputa, aplica un criterio de orden lógico con el propósito de explicar por qué un determinado comportamiento (*an debea-*

[65] Barros (2020), p. 380.

tur) puede ser o no entendido como el origen de un resultado y, más concretamente, de las consecuencias (daños directos) que deben ser indemnizadas con cargo al patrimonio del responsable (*quantum respondeatur*), lo que no es otra cosa, a nuestro modo de ver, que un razonamiento causal; propósito, esto último, que revela la funcionalidad de la causalidad, cual es el corazón de nuestro estudio, y que permite ser correctamente acometido si es que, consideramos, existe claridad en la estructura de la noción causal.

Bibliografía

Aedo Barrena, Cristian (2006): *Responsabilidad extracontractual*. (Santiago, Librotecnia).

Aedo Barrena, Cristian (2013): "El tratamiento dogmático de la culpa de la víctima en la responsabilidad civil: un enfoque desde la imputación objetiva", en Carmen Domínguez Hidalgo y otros (coords.). *Estudios de Derecho Civil VIII. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Santa Cruz. 2012* (Santiago, LegalPublishing).

Aedo Barrena, Cristian (2015): "La cuestión causal en la lex Aquilia y su solución mediante el mecanismo de la culpa". *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, vol. xxxvii, pp. 37-75.

Aedo Barrena, Cristian (2017): "La creación de riesgos no permitidos en la imputación objetiva, ¿un problema de culpa? Hacia un sistema funcional", en Hernán Corral Talciani y Pablo Manterola Domínguez (eds.). *Estudios de Derecho Civil XII* (Santiago: Thomson Reuters).

Aedo Barrena, Cristian (2018): C*ulpa aquiliana: una conjunción de aspectos históricos y dogmáticos* (Santiago: Thomson Reuters).

Aedo Barrena, Cristian (2020): "La recepción de la creación de riesgos no permitidos en el derecho chileno, como criterio de imputación objetiva, ¿puede distinguirse de la culpa?". *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 35, pp. 117-145.

Alessandri Rodríguez, Arturo (2005): *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno* (reimpresión de la 1ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Alessandri Rodríguez, Arturo (2011): *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Alpa, Guido e Mario Bessone (1976): *La responsabilità civile: illecito per colpa, rischio d'impresa, assicurazione* (Milano, Giuffrè).

Anarte Borrallo, Enrique (2002): C*ausalidad e imputación objetiva. Estructura, relaciones, perspectivas* (Huelva, Publicaciones Universidad de Huelva).

Baraona González, Jorge (2008): "La causa del daño en la jurisprudencia reciente (con especial referencia a la responsabilidad extracontractual)", en Hernán Co-

RRAL TALCIANI, *Cuadernos de extensión jurídica: La relación de causalidad*, n.º 15 (Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes), pp. 59-113.

BÁRCENA ZUBIETA, Arturo (2014): "El derecho de daños como banco de pruebas de una disputa filosófica sobre la causalidad", en Diego M. PAPAYANNIS (coord.). *Causalidad y atribución de responsabilidad* (Madrid, Marcial Pons), pp. 183-214.

BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2010): *Lecciones de derecho civil chileno, tomo II: De las fuentes de las obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la 1ª edición).

BARROS BOURIE, Enrique (2006): *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

BARROS BOURIE, Enrique (2020): *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición).

CALVO COSTA, Carlos (2017): *Derecho de las obligaciones* (Buenos Aires, Hammurabi).

CANE, Peter (2003): *Responsability in Law and Morality* (Cambridge, Hart Publishing).

CAPECCHI, Marco (2012): *Il nesso di causalità. Dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale* (Padova, Cedam, 3ª edizione).

CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo (2005): "Reflexiones sobre la teoría de la imputación objetiva y su aplicabilidad en el ámbito civil", en Juan Andrés VARAS BRAUN y Susan TURNER SAELZER (coords.). *Estudios de derecho civil I. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Valdivia* (Santiago, LexisNexis).

CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo (2006): "La relación de causalidad: ¿quaestio facti o quaestio iuris?". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, n.º 1, pp. 167-176.

CASTALDO, Andrea (2008): *La imputación objetiva en el delito culposo de resultado* (trad. por Antonio Bonanno, Buenos Aires, B de F).

CASTRONOVO, Carlo (2018): *Responsabilitá Civile* (Milano, Giuffré).

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (2018): *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado* (Buenos Aires, Montevideo, B de F 2ª edición).

CORRAL TALCIANI, Hernán (2004): *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (reimpresión de la 1ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

CORRAL TALCIANI, Hernán (2008): "La relación de causalidad en el sistema de torts del common law", en Hernán CORRAL TALCIANI, *Cuadernos de Extensión Jurídica. La relación de causalidad* n.º 15 (Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes), pp. 37-58.

CORRAL TALCIANI, Hernán (2013): *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago, Thomson Reuters, La Ley).

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo (1993): *Tratado de responsabilidad civil* (Madrid, Civitas).

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo (2014): *Causalidad en la responsabilidad extracontractual: sobre el arbitrio judicial, la imputación objetiva y otros extremos* (Madrid, Thomson Reuters).

De Ángel Yágüez, Ricardo (2017): "Algunos apuntes sobre lo útil y lo innecesario de la llamada imputación objetiva en materia de responsabilidad extracontractual", en Alejandro Guzmán Brito (editor científico). *Aportaciones adicionales a nuevos horizontes en el derecho privado* (Antofagasta, Universidad Católica del Norte), pp. 295-346.

De Cupis, Adriano (2020): *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil* (Santiago, Olejnic).

De la Cuesta Aguado, Paz (1996): *Tipicidad e imputación objetiva* (Mendoza, Ediciones Jurídicas de Cuyo, reimpresión 1ª edición).

Díez-Picazo, Luis (1999): *Derecho de daños* (Madrid, Civitas).

Díez-Picazo, Luis (2007): *Fundamentos de derecho civil patrimonial* (Madrid, Thompson Reuters-Civitas).

Díez-Picazo, Luis (2011): *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Tomo v (Madrid, Thompson Reuters-Civitas).

Díez Schwerter, José Luis (1998): *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Drapkin, Abraham (1943): *Relación de causalidad y delito* (Santiago, Editorial Cruz del Sur).

Engisch, Karl (2008): *La causalidad como elemento de los tipos penales* (trad. de Marcelo Sancinetti, Buenos Airesm, Hammurabi).

Feijoo Sánchez, Bernardo (2018): *Imputación objetiva en el derecho penal. Nuevos alcances* (Santiago, Olejkik-Ibáñez).

Ferrer Beltrán, Jordi (2014): "La prueba de la causalidad en la responsabilidad civil", en Diego M. Papayannis (coord.). *Causalidad y atribución de responsabilidad* (Madrid, Marcial Pons), pp. 215-234.

Frish, Wolfang (2004): *Comportamiento típico e imputación del resultado* (trad. de la edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons).

Frisch, Wolfang (2014): *La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamento y cuestiones abiertas* (Barcelona, Atelier).

Fuentes Guiñez, Rodrigo (2010): "Las teorías tradicionales sobre la causalidad". *Revista de Derecho y Ciencias Penales: Ciencias Sociales y Políticas*, n.° 14, pp. 23-32. Disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3337331 [fecha de consulta: 24 de noviembre de 2021].

Gimbernat Ordeig, Enrique (2018): *Estudios sobre el delito de omisión* (Montevideo, Buenos Aires, B de F).

Goldemberg, Isidoro (1984): *La relación de causalidad en la responsabilidad civil* (Buenos Aires, Astrea).

Hart, H.L.A. and Tony Honoré (1990): *Causation in the Law* (Oxford, Clarendon Press).

Hernández Paulsen, Gabriel y Felipe Chaguán Sedán (2021): "Consentimiento informado en las prestaciones de salud". *Acta Bioethica*, vol. 27, núm. 1, pp. 17-25.

Honoré, Anthony (2002): *Responsibility and fault* (Oxford, Portland, Hart Publishing).

Honoré, Anthony (2013): "Condiciones necesarias y suficientes en la responsabilidad extracontractual" (traducción de Alberto Pino y Arturo Ibáñez). *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, n.º 3, pp. 1073-1097.

Honoré, Anthony (2015): "La causalidad en el derecho". *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. Disponible en https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/21.pdf [fecha de consulta: 24 de noviembre de 2021].

Hruscka, Joachim (2005): "La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf. Sobre la historia y el significado de la diferencia entre actio libera in se y actio libera in sua causa", en Nuria Pastor Muñoz y Pablo Sánchez Ostiz (coords.). *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación* (Madrid, Thomson Reuters).

Jakobs, Günter (1997): *La imputación objetiva en el derecho penal* (trad. de Rubén Villela, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, reimpresión 1ª edición).

Jiménez De Asúa, Luis (1963): *Tratado de derecho penal: El delito*, volumen v (Buenos Aires, Losada).

Krause Muñoz, María Soledad (2014): "La relación de causalidad ¿Quaestio Facti o Quaestio Iuris?". *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. xxvii, n.º 2, pp. 81-103.

Larenz, Karl (1958): *Derecho de obligaciones* (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado).

Mackie, J.L. (2002): *The cement of the Universe* (Oxford, Clarendon Paperbacks).

Malaurie, Philippe, Laurent Aynés, Philippe Stoffel-Munck (2015): *Droit des Obligations* (Paris, LGDJ, 8ª edition).

Mazeaud, Henri, Leon Mazeaud y André Tunc (1977): *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual* (trad. de la 5ª edición francesa por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América).

Melchiori, Franco (2020): *Las teorías de la causalidad en el daño* (Barcelona, José María Bosch Editor).

Miller, Paul (2021): "The New Formalism in Private Law". *The American Journal of Jurisprudence*, No. 66, pp. 1-64.

Moore, Michael (2011): *Causalidad y responsabilidad. Un ensayo sobre derecho, moral y metafísica* (trad. de Tobías Schleider, Madrid, Marcial Pons).

Munita Marambio, Renzo (2018): "Causalidad incierta, alternativa y flexibilidad probatoria", en Claudia Bahamondes Oyarzún, Leonor Etcheberry Court y Carlos Pizarro Wilson (eds.), *Estudios de derecho civil XIII* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 737-771.

Owen, David (1997): "Philosophical Foundations of fault in Tort Law", in David Owen (ed.). *Philosophical Foundations of Tort Law* (Oxford, Clarendon Paperbacks), pp. 201-228.

Pantaleón Prieto, Fernando (1991): "Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación", en AA.VV. *Centenario del Código Civil* , Tomo ii (Madrid, Asociación de profesores de Derecho Civil).

Peláez Mejía, José María (2018): "La necesidad del análisis causal frente a la teoría de la imputación objetiva en el Derecho penal". *Revista de Derecho, Valdivia*, vol. xxxi, n.° 2.

Piña Rochefort, Juan Ignacio (2005): "La imputación de responsabilidad penal en los órganos de la empresa y sus efectos en sede civil", en Jorge Baraona González y Pedro Zelaya Etchegaray (eds.). *Cuadernos de Extensión Jurídica. La responsabilidad por accidentes del trabajo*, núm. 10 (Santiago, Universidad de Los Andes), pp. 45-72.

Pizarro Wilson, Carlos (2015): "En oposición al consentimiento hipotético informado". *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. xliv, pp. 97-120.

Ponce Andaur, Arnaldo y Héctor Muñoz Valdés (2014): "La causalidad desde Hume a Kant: de la disolución absoluta del concepto a su constitución como ley". *Praxis Filosófica*, n.° 38.

Prevot, Juan Manuel (2010): "El problema de la relación de causalidad en el Derecho de la responsabilidad civil". *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.° 15.

Quézel-Ambrunaz, Christophe (2010): *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile* (Paris, Dalloz).

Reyes, Yesid (2005): *Imputación objetiva* (Bogotá, Temis, 3ª edición).

Ripert, Georges y Jean Boulagner (1965): *Tratado de derecho civil, según el Tratado de Planiol, Tomo iv: Las obligaciones (2ª parte)* (trad. de Delia García Daireaux. Buenos Aires, La Ley).

Roxin, Claus (1997): *Derecho penal. Parte general, Tomo i: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (trad. de la 2ª edición alemana por Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid, Civitas).

San Martin Neira, Lilian (2019): *La culpa de la víctima en la responsabilidad civil* (Santiago, Der Ediciones).

Trimarchi, Pietro (2017): *La Responsabilitá Civile: atti illecitti, rischio, danno* (Milano, Giuffré).

Velásquez Posada, Obdulio (2020): *La responsabilidad civil extracontractual* (Bogotá, Temis).

Viney, Geneviéve y Patrice Jourdain (2013): *Les conditions de la responsabilité* (Paris: LGDJ, 4e edition).

WEINRIB, Ernest (2000): "Restitutionary Damages as Corrective Justice". *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 1, No. 1, pp. 1-37.

WEINRIB, Ernest (2002): "Corrective Justice in a Nutshell". *The University of Toronto Law Journal*, vol. 52, No. 4, pp. 349-356.

WEINRIB, Ernest (2012): *The idea of Private Law* (Oxford, Oxford University Press).

WEINRIB, Eernest (2013): "Responsabilidad extracontractual como justicia correctiva" (trad. de Jorge Fabra Zamora), en Carlos BERNAL PULIDO y Jorge FABRA ZAMORA (eds.). *La filosofía de la responsabilidad civil* (Bogotá, Universidad del Externado).

WELZEL, Hans (2002): *Derecho penal alemán, parte general* (trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 4ª edición, 11ª edición en alemán).

WRIGTH, Richard (1985): "Causation in Tort Law". *California Law Review*, vol. 73, pp. 1741-1803.

WRIGTH, Richard (1988): "Causation, responsability, risk, probability, naked statistics, and proof: pruning the bramble busch by clarifying the concepts". *Iowa Law Review*, No. 73, pp. 1001-1078.

WRIGHT, Richard (1992): "Substantive Corrective Justice". *Iowa Law Review*, vol. 77, pp. 625-711.

WRIGTH, Richard (2008): "Liability por possible wrongs: causation, statitiscal probability and the burden of proof, in Symposium, the frontiers of Tort Law". *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 41, pp. 1295-1344.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2015): *Responsabilidad civil extracontractual* (Madrid, Dykinson).

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2019): *Responsabilidad Civil Extracontractual. Parte General. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias* (Madrid, Dykinson, 5ª edición).

DESDE FRIEDMAN A FREEMAN. UNA NUEVA MIRADA DE LA COMISIÓN PARA EL MERCADO FINANCIERO AL INCORPORAR LOS VALORES MEDIOAMBIENTALES, DE IMPACTO SOCIAL Y DE GOBERNANZA (ESG, EN INGLÉS) EN LA NORMA DE CARÁCTER GENERAL N.°461 Y EN SU PERÍMETRO REGULATORIO[1]

FROM FRIEDMAN TO FREEMAN. A NEW LOOK OF THE COMMISSION FOR THE FINANCIAL MARKET BY INCORPORATING ENVIRONMENTAL VALUES, SOCIAL IMPACT AND GOVERNANCE (ESG, IN ENGLISH) IN THE GENERAL STANDARD No. 461 AND IN ITS REGULATORY PERIMETER

Francisco Pfeffer Urquiaga[*]

Resumen: El presente artículo se refiere a la evolución que ha presentado la mirada de la Comisión para el Mercado Financiero, antes Superintendencia de Valores y Seguros, al transitar desde la supervisión con énfasis en criterios esencialmente financieros a la incorporación de valores medioambientales, de impacto social y de gobernanza (ESG, en inglés) en la normativa bajo su fiscalización; al contenido de la norma de carácter general n.º 461, reciente-

[*] Abogado Universidad de Chile. Profesor del Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Correo: franciscopfeffer@pfeffer.cl

[1] Disponible en www.pfeffer.cl

mente aprobada por la citada agencia estatal de control; a la redefinición del concepto de interés social y del papel de la administración en la gobernanza de las empresas que se ha venido produciendo como consecuencia de aquello; y, al deber de que las sociedades que se financian en el mercado de capitales, se pronuncien y describan en sus memorias integradas como se hacen cargo de cumplir con los referidos valores.

Palabras claves: Comisión para el Mercado Financiero, mercado financiero, impacto social, perímetro regulatorio.

Abstract: This article refers to the evolution of the Comission for the Financial Market's point of view, formerly the Superintendence of Securities and Insurance, presented when moving from supervision with an emphasis on essentially financial criteria to the incorporation of environmental values, of impact social and governance (ESG) in the regulations under its control; to the content of general rule No. 461, recently approved by the aforementioned state control agency; to the redefinition of the concept of social interest and the role of the administration in the governance of companies that has been taking place as a consequence of that; and, to the duty that the companies that are financed in the capital market, pronounce themselves and describe in their integrated reports how they are responsible for complying with the aforementioned values.

Keywords: Commission for the Financial Market, financial market, social impact, regulatory perimeter.

Desde Friedman a Freeman

El 13 de septiembre del año 1970 se publicó en *The New York Magazine* el trabajo "La responsabilidad social de la empresa es incrementar sus beneficios", de que fue autor el muy conocido economista Milton Friedman, articulo que dio origen a la llamada doctrina Friedman, que ejerció una poderosa influencia en todo el mundo empresarial en los cuarenta años que le siguieron a su publicación.

Algunos pasajes de esta publicación, en boca del mismo autor, ilustraran al lector sobre los énfasis que esta doctrina promovía como practica en la gobernanza de las empresas.

> "En un sistema de libre empresa y de propiedad privada, un ejecutivo corporativo es un empleado de los propietarios de la empresa, y tiene una

> responsabilidad directa para con sus empleadores. Esta responsabilidad es dirigir la empresa con arreglo a los deseos de los mismos, que por lo general serán ganar tanto dinero como sea posible ajustándose a las normas básicas de la sociedad, tanto las plasmadas en las leyes como las plasmadas en las costumbres éticas".

Más adelante el mismo autor, preguntándose que significa que el ejecutivo corporativo tiene una responsabilidad social en su condición de empresario, se contesta sarcásticamente:

> "Significa, por ejemplo, que debe abstenerse de incrementar el precio del producto con el fin de contribuir al objetivo social de impedir la inflación, aunque un incremento de precio fuera en beneficio de los mejores intereses de la corporación. O que debe realizar una serie de gastos para reducir la polución por encima de la cantidad que constituye los mejores intereses de la corporación o de lo que exige la ley con el fin de contribuir al objetivo social de mejorar el medio ambiente. O que, a expensas de los beneficios corporativos, debe contratar a unos indeseables en paro en vez de a unos trabajadores disponibles más cualificados para contribuir al objetivo social de reducir la pobreza".

Para luego, en los párrafos siguientes, concluir:

> "En cada uno de estos casos, el ejecutivo corporativo estaría gastando el dinero de otra persona en beneficio de un interés social general. En la medida en que sus acciones con arreglo a su 'responsabilidad social' reducen las ganancias de los grupos de interés, se está gastando el dinero de los mismos. En la medida en que sus acciones incrementan el precio para los clientes, se está gastando el dinero de los clientes. En la medida en que sus acciones reducen los salarios de algunos empleados, se está gastando el dinero de los mismos".

La llamada doctrina Friedman ejerció una poderosa influencia en la lógica y objetivos que debía alcanzar la administración de toda corporación: en lugar de orientarse a producir bienestar para los consumidores, los empleados y el entorno, esta pasó a enfocarse en maximizar el beneficio de los accionistas, objetivo en función del cual suspendió cualquier reflexión ética sobre las externalidades de la acción empresarial.

Se trata de una mirada esencialmente privatista, que pone todos los énfasis en el interés individual de los accionistas de la compañía, invisibilizando a todos aquellos externos que de una u otra manera se cruzan o interactúan con la corporación en el desarrollo de su actividad económica. Anclada en la racionalidad provista por la teoría económica, apeló a su aporte al crecimiento económico y a la creación de empleos, invocó la "destrucción creativa" para

dotar de sentido a sus impactos sociales y ambientales, y encaró las resistencias de los trabajadores, consumidores o comunidades, sosteniendo que se trataban de residuos de una lógica precientífica. Esta visión, sin lugar a dudas, consiguió éxitos en eficiencia y acumulación de riqueza, pero, a la vez, sirvió de soporte para prácticas que han dañado gravemente, en todo el mundo, la legitimidad social de la empresa, lo que ha llevado a su paulatino y lento abandono.

Años después, estando en pleno apogeo la citada doctrina Friedman, se publicó *Strategic Management: A Stakeholder Approach* (1984), de que es autor Ronald Edward Freeman, filósofo estadounidense y profesor de administración empresarial en el "Darden School" de la Universidad de Virginia, a quien se le sindica como el padre de la denominada teoría de los stakeholder.

Ronald Freeman define a los stakeholder como a "cualquier grupo o individuo que puede afectar o ser afectado por la consecución de los objetivos de la empresa"[2].

De acuerdo con esta teoría, la gobernanza de la corporación, en el desarrollo de su actividad y en la consecución del objeto social, debe necesariamente considerar al conjunto de internos y externos a la compañía que pueden ser afectados por la actividad que la misma realiza, única forma de asegurar en el tiempo una creación sostenible de valor.

Plantea reemplazar la idea de responsabilidad social de la empresa por la idea de responsabilidad por las partes interesadas. Y lo serán todas aquellas partes que de una u otra forma se vean afectadas por el desarrollo de la actividad de la corporación, tanto en su estructura interna (accionistas, ejecutivos, trabajadores, sindicatos) como en sus relaciones externas (proveedores, consumidores, clientes, comunidades, reguladores, etc.). Entonces, la pregunta que se debe hacer el administrador y/o director de una empresa es, ¿cómo mejoraría la situación de todas y cada una de las partes interesadas?

Dada la interactuación de todos los incumbentes en el desarrollo de la actividad de la corporación, la empresa debe buscar la satisfacción de los intereses de todos los actores y partes interesadas que se relacionan en y con ella, ya que solo así podrá asegurar, en el tiempo, la creación sostenible de valor, mejorando la rentabilidad, la competencia y eficiencia de la organización.

A partir de estos postulados iniciales, su perfeccionamiento y desarrollo posterior, a los que muchos se han ido sumando en el mundo corporativo, se ha producido una verdadera redefinición tanto del papel de la administración de la corporación como del concepto de interés social en la gobernanza de las empresas.

Tanto es así, que el 19 de agosto del año 2019 la Business Roundtable, organización que reúne a doscientas de las mayores empresas estadouniden-

[2] Freeman (1984), p. 25.

ses, anunció en un comunicado que era necesario redefinir "el propósito de las compañías". Rompiendo con la idea de que la maximización de los beneficios de los accionistas tiene que anteponerse a cualquier otra consideración, los líderes de gigantes como Amazon, JP Morgan o Johnson&Johnson asumían que el accionista no debe ser el único centro de gravedad. Los clientes, los empleados, los proveedores y las comunidades en las que la compañía opere también deben entrar a formar parte de la ecuación.

Bajo la firma de los CEO de las ciento ochenta y una de las principales empresas de Estados Unidos, se declaró, en los esencial, lo siguiente (traducción libre)

> "Si bien cada una de nuestras empresas individuales cumple su propio propósito corporativo, compartimos un compromiso fundamental con todas nuestras partes interesadas. Nos comprometemos a: (i) Entregando valor a nuestros clientes. Fomentaremos la tradición de las empresas estadounidenses que lideran el camino para cumplir o superar las expectativas de los clientes; (ii) Invertir en nuestros empleados. Esto comienza con compensarlos de manera justa y brindarles beneficios importantes. También incluye apoyarlos a través de capacitación y educación que ayuden a desarrollar nuevas habilidades para un mundo que cambia rápidamente. Fomentamos la diversidad y la inclusión, la dignidad y el respeto; (iii) Trato justo y ético con nuestros proveedores. Estamos dedicados a servir como buenos socios para las demás empresas, grandes y pequeñas, que nos ayudan a cumplir nuestra misión; (iv) Apoyando a las comunidades en las que trabajamos. Respetamos a las personas de nuestras comunidades y protegemos el medio ambiente adoptando prácticas sostenibles en todos nuestros negocios; y, (v) Generar valor a largo plazo para los accionistas, quienes aportan el capital que permite a las empresas invertir, crecer e innovar. Estamos comprometidos con la transparencia y el compromiso efectivo con los accionistas.
>
> Cada uno de nuestros grupos de interés es fundamental. Nos comprometemos a entregar valor a todos ellos, para el éxito futuro de nuestras empresas, nuestras comunidades y nuestro país".

Claramente, el triunfo definitivo de Ronald Freeman sobre Milton Friedman.

Nuestra realidad corporativa y regulatoria no ha estado ajena a esta evolución.

Redefinición del concepto de interés social y del papel de la administración en la gobernanza de las empresas[3]

El gran impacto que el desarrollo de la teoría de los stakeholder ha provocado en las diversas formas de organización que se ha dado la sociedad, y con mayor fuerza en el ámbito empresarial y corporativo, visibilizando ahora el impacto medioambiental y social como aspectos que necesariamente se deben considerar en el gobierno de las empresas, ha llevado a que se revise el concepto de interés social y el papel de la administración en la dirección de las corporaciones.

Bien se sabe que el interés social es el faro que siempre debe alumbrar y guiar las decisiones de directores y gerentes de la sociedad en el cumplimiento de sus funciones, tanto en su sentido positivo, que se manifiesta en el cumplimiento del deber de diligencia y cuidado –creando riqueza y valor sostenible para todas las partes interesadas– como en su sentido negativo –no apropiarse del valor creado–, que se expresa en el cumplimiento del deber de lealtad y transparencia.

No obstante la importancia que tiene el concepto de interés social, el legislador omitió precisar y determinar su contenido en el ordenamiento jurídico local, situación que se repite en diversas legislaciones donde se le invoca sin que jamás se lo haya definido.

Al tratarse de un concepto plástico, carente de definición legal, podrá y deberá incorporar ahora la consideración y ponderación del impacto medio-

[3] Véase nuestro artículo "Deber de lealtad de directores y gerentes de sociedades anónimas al interior de un grupo de sociedades, a propósito del denominado Caso Cascadas", en *Actualidad Jurídica* n.° 32, pp. 207-226, julio 2015, Universidad del Desarrollo, en que abordamos la redefinición de ambos conceptos en la gobernanza de las sociedades anónimas y en el que sosteníamos. "En suma, es nuestra opinión que el interés social de la sociedad es autónomo y propio de la persona jurídica, distinto a la motivación individual de cada accionista, aunque éste debiese ser coincidente con el interés de cada uno de ellos; que el interés social se materializa explotando el objeto social; que el interés social consiste en el propósito de alcanzar la mayor creación de riqueza y valor sostenible para la sociedad y por ende para todos sus accionistas; que para satisfacer el interés social el director y gerente debe cumplir en todo momento con los deberes fiduciarios referidos en lo que antecede y que ello supone considerar necesariamente y en todo momento el interés presente en cualquier agente interno y externo a la sociedad –trabajadores, consumidores, proveedores, comunidad local y Estado– ya que éstos pueden afectar negativa o positivamente la satisfacción del interés social de esta última; que la satisfacción del interés social tanto en su sentido positivo –creación de valor– como negativo –no apropiarse de valor creado– debe ser siempre la luz que guie la actuación de directores y gerentes de la sociedad; por lo que el cumplimiento de los deberes fiduciarios que le son exigibles ya referidos, son la mejor garantía para alcanzar la satisfacción del interés social de la sociedad".

ambiental que toda decisión de la alta dirección provoque en el ámbito en que la empresa se desempeña; de igual modo, toda decisión de la alta dirección de la corporación deberá tener presente y ponderar, como un elemento integrante del concepto de "interés social", el impacto social que tal decisión pueda provocar.

Entonces, la realización del interés social, a que se deben los directores y administradores de la corporación, no se agota solo en la maximización de ganancias para los accionistas y propietarios de la corporación, sino que debe considerar y ponderar también, el interés del conjunto de partes interesadas, internas y externas a la empresa, que pueden verse afectadas con la explotación del giro que constituye su actividad económica. Solo así se hará posible que la corporación logre alcanzar el propósito final para el cual ha sido concebida, como lo es la creación sostenible de valor para todos quienes se vean afectados por su actividad, consecuencia natural que se producirá desde el momento en que el interés de todas las partes involucradas está siendo debidamente satisfecho. Solo entendiendo que el interés de todas las partes de la corporación, internas y externas y que interactúan en la actividad desplegada por la empresa, y que pueden afectar grave y negativamente el interés social de esta –lograr la mayor creación de riqueza y valor sostenible–, forma también parte del interés social de la misma, es posible aceptar que su consideración, análisis, estudio y eventual tutela y amparo pasan a ser parte de los deberes fiduciarios exigibles para directores y gerentes de la sociedad.

De este modo, es nuestra opinión que no se requiere de una precisión ni reforma legal del concepto de interés social para entender que caben dentro de él, y deben ser debidamente tutelados y amparados por quienes gobiernan la empresa, en cumplimiento de los deberes fiduciarios que tienen para con esta, la ponderación de los riesgos asociados a criterios medioambientales y de impacto social, tal como los considera ahora la Norma de Carácter General (NCG) n.º 461, ya que solo así se asegura una creación sostenible de valor para todas las partes interesadas que interactúan en la corporación, que es precisamente el fin a que se deben quienes la dirigen y gobiernan.

Por otro lado, dado que la citada NCG n.º 461 indica que la información sobre los valores medioambientales, de impacto social y de gobernanza de las empresas deben incluirse e integrarse en la memoria anual; y dado que la memoria societaria constituye el instrumento oficial de comunicación desde la alta dirección a la empresa y a sus propietarios y desde la corporación a los inversionistas y al público en general, invocando, entre otros, los artículos 41, 42 n.º 4 y 46 de la Ley n.º 18046 (LSA) se podrá hacer responsable, por incumplimiento de tales deberes informativos, a los directores y ejecutivos a cargo del gobierno de la misma. Dicho de otra forma. La no inclusión de dicha información en la memoria anual de la compañía, se deberá considerar como

un incumplimiento de los deberes fiduciarios de quienes administren la corporación.

Se sabe que todas las empresas que recurren al mercado de capitales en busca de financiamiento quedan obligadas a cumplir con las disposiciones de la ley de mercado de valores (LMV), y que en tales dispositivos el deber de entregar información veraz, suficiente y oportuna recae sobre el directorio de la sociedad. Tan importante es la divulgación de información en el marco de la LMV, que los artículos 59, 60, 61 y 61 bis tipifican diversos delitos, con penas privativas de libertad, para quienes omitan la entrega de información o divulguen información incompleta, falsa, no veraz y que induzca a error a quienes operan en el mercado.

Dado que es en la alta dirección de la corporación en quien recae la responsabilidad de preparar la memoria anual, ahora integrando la información sobre los efectos e impacto medioambiental y social que la actividad de la empresa origina en el entorno en que se desenvuelve, es a ellos a quienes habrá que representar la falta de información o la información incompleta, falsa o defectuosa que se agregue en la memoria anual sobre la forma en que se están ponderando los criterios incorporados por la NCG n.º 461.

De esta manera, el cumplimiento de los deberes fiduciarios de los administradores para con la empresa, implica, necesariamente, la obligación de ponderar e informar el impacto medioambiental y social que las decisiones que adopte la corporación producen en el entorno en que esta desarrolla su actividad económica. Su incumplimiento, obviamente, acarreara las responsabilidades administrativas, civiles y penales para quienes incurren en ellos.

Desde la NCG n.°341 a la NGC n.°461. Una adecuación a los nuevos vientos que soplan en el mundo corporativo

La Comisión para el Mercado Financiero (CMF) y su antecesora Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) se han hecho y han sido parte orientando y dirigiendo esta evolución.

En un comienzo, en sintonía con los estándares existentes en mercados internacionales y en otras jurisdicciones, colocando toda su atención en la sola fiscalización de métricas y criterios estrictamente financieros, en el entendido de que en ello se agotaba su papel de supervisión.

Desde la instalación de la CMF, con la promulgación de la Ley n.º 21000, la agencia estatal centro su foco en tres aspectos medulares:

i) ocuparse de vigilar la solvencia de todos los actores que operan dentro del marco regulatorio y de la estabilidad financiera del sistema;

ii) velar para que todos los agentes que quedan bajo su mirada de supervisión, ajusten sus conductas a las exigencias impuestas por la norma legal e *infra* legal, castigando su infracción y
iii) a promover, a través del ejercicio de su potestad normativa, el desarrollo del mercado de capitales, incorporando en las regulaciones las nuevas tendencias, valores y criterios que se identifican en mercados de otras economías con más altos niveles de desarrollo.

NCG n.°341, de 2012

El primer paso que dio la SVS en la idea de orientar al mercado en la necesidad de informar para luego fiscalizar criterios que no fueran solo de carácter financiero, se dio con la dictación de la NCG n.º 341, de noviembre del año 2012.

Por primera vez se destacó aquí la importancia que tiene para el mercado de valores que las sociedades anónimas abiertas informen sobre los estándares que cumplen en materias de gobierno corporativo, de manera tal que los inversionistas tengan la suficiente información sobre ello, para lo cual se estableció la obligación de difundir al público las prácticas de gobierno corporativo que estas estaban cumpliendo.

La técnica que se usó en esta NCG fue la de definir en un anexo las prácticas internacionales más reconocidas sobre gobiernos corporativos, debiendo las sociedades anónimas informar si han adoptado alguna de ellas; si han seguido otras no indicadas en el anexo; la forma en que se han cumplido e implementado y las razones que se han tenido para no cumplirlas o seguirlas. Más conocida como técnica regulatoria denominada *comply or explayn*.

Solo para dar un contexto y poder visualizar la evolución que fueron teniendo en las posteriores NCG los criterios más relevantes sobre los cuales debía emitirse pronunciamiento, en términos de indicar si se cumplía o no con el estándar, dando las razones de porque si o porque no, son, entre otros los siguientes:

i) Funcionamiento del directorio, debiendo pronunciarse sobre la adecuada y oportuna información de este, acerca de los negocios y riesgos de la sociedad, así como de sus principales políticas, controles y procedimientos; si cuenta con políticas de contratación de asesores especialistas en materias contables, financieras y legales; si se reúne semestralmente con la empresa de auditoria externa; si cuenta con procedimientos establecidos para detectar e implementar eventuales mejoras en su funcionamiento; si se propone a los directores el tiempo mínimo mensual que es deseable que cada director le destine al cumplimiento del papel; si cuenta con un código de conducta que permite identificar y manejar adecuadamente los conflictos de interés;

ii) La relación entre la sociedad, los accionistas y el público en general, que exige pronunciamientos respecto del tipo de información con que cuentan los accionistas y la forma como se les comunica, para poder ejercer sus derechos como tales;
iii) La existencia de procedimientos de sucesión y de políticas y planes de compensación de los ejecutivos principales, a fin de identificar los riesgos derivados de la falta de los mismos;
iv) La definición, implementación y supervisión de políticas y procedimientos de control interno y gestión de riesgos de la empresa, informando si se tienen mecanismos para medir los riesgos y determinar si ellos se enmarcan dentro de las políticas definidas por el directorio.

Como se ve, se trató de un intento muy básico y primario, de exigir la entrega de información sobre métricas no financieras y focalizadas exclusivamente en prácticas de buen gobierno corporativo.

Con todo, fue la primera señal que se dio al mercado, de que serían otros los criterios que estarían siendo observados, no solo por la autoridad, sino que, también, por todos los inversores que aportan y financian al mercado de valores. Ello con la finalidad de ir internalizando en la cultura del mundo empresarial la idea de que la línea final del balance no solo depende de cuestiones estrictamente financieras, sino que, también, aparecen influidas y a veces determinadas por criterios asociados a un buen gobierno corporativo.

Fueron muchas las empresas que, en cumplimiento de esta normativa, informaron como cumplían o porque no lo estaban haciendo, dando inicio así a este largo camino que hoy se ha consolidado con la NCG n.º 461. No se cuenta con información de si la SVS sancionó a alguna sociedad por incumplimiento de esta normativa.

NCG n.°385 y NCG n.°386, de 2015

En junio de 2015 se dictaron las NGC n.º 385 y n.º 386, que derogaron a la NCG n.°341.

La NCG n.°385 estableció la obligación para las sociedades anomias abiertas de informar a la SVS y al mercado en general sobre las prácticas de gobierno corporativo, responsabilidad social y desarrollo sostenible a que se refiere el anexo de esa normativa.

Como se ve, se avanzó ahora en la necesidad de incorporar información sobre la responsabilidad social y el desarrollo sostenible de la corporación.

Se entenderá que la sociedad adopta una práctica determinada, se dijo, cuando ella cuenta con las políticas aprobadas y los procedimientos, mecanismos y sistemas completamente implementados y en funcionamiento, para

todos los elementos descritos en la respectiva práctica. En caso contrario, debe entenderse que no adopta la práctica, sin perjuicio que, si es intención de la sociedad adoptarla, pero todavía está en vías de hacerlo, ello podrá constar en la explicación correspondiente.

Se impuso al directorio de la sociedad anónima abierta la obligación de exponer en forma correcta, precisa, clara y resumida, la manera en que ha adoptado cada práctica o, bien, fundamentar las razones por las que ese directorio estimó que la adopción de una práctica especifica no era apropiada o deseable en el mejor interés social dada la realidad particular de la entidad.

Esta normativa hace referencia a prácticas que voluntariamente cada administración decida adoptar en consideración a las particularidades de la sociedad para avanzar en el mejoramiento continuo de su gobierno corporativo. En tal sentido, esas prácticas necesariamente deben entenderse sin perjuicio de las obligaciones y responsabilidades legales aplicables a la sociedad, sus directores, gerentes y ejecutivos principales.

Entonces, al igual que en la norma anterior, solo se impone la obligación de informar si se cumplen o no con las prácticas y recomendaciones, pero no la obligación de seguir cada una de las que se contienen en el respectivo anexo. Se mantiene así la denominada técnica *comply or explayn*.

En cuanto a las prácticas y recomendaciones en materia de gobierno corporativo contenidas en el anexo de la NCG n.° 385, se mantuvieron las mismas que ya había incorporado la NCG n.° 341, perfeccionadas en su redacción y precisión[4] y se agregaron ahora las que tienen relación con la responsabilidad social y el desarrollo sostenible.

[4] Se agregaron, entre otros criterios, (a) si el directorio cuenta con un procedimiento formal de mejoramiento continuo en operación; (b) si cuenta con un sistema de información en operación y de acceso por parte de cada director que le permite acceder, de manera segura, remota y permanente, a todas las actas y documentos tenidos a la vista para cada sesión, a las obligaciones legales, al sistema de denuncias implementado por la sociedad y le permite revisar el texto definitivo del acta de cada sesión; (c) si ha implementado un mecanismo, sistema o procedimiento formal que permita: (i) A los accionistas participar y ejercer su derecho a voto por medios remotos, en la misma oportunidad que el resto de los accionistas que están físicamente representados en la junta; (ii) A los accionistas observar, de manera remota y en tiempo real, lo que ocurre durante las juntas de accionistas; (iii) Al público en general informarse en tiempo real de los acuerdos adoptados en la junta de accionistas; (d) si el directorio ha implementado un procedimiento formal y que está en operación: (i) Para canalizar las denuncias por parte de su personal, cualquiera sea el vínculo contractual, accionistas, clientes, proveedores o terceros ajenos a la sociedad, de eventuales irregularidades o ilícitos; (ii) Que garantiza el anonimato del denunciante; (iii) Que permite al denunciante conocer el estado de su denuncia; (iv) Que es puesto en conocimiento de su personal, accionistas, clientes, proveedores y terceros, tanto mediante capacitaciones como a través del sitio en Internet de la entidad; (e) si la autoevaluación del directorio respecto a la adopción de las prácticas contenidas en la NCG N°385 ha sido revisada y validada por un tercero ajeno a la sociedad.

En este ámbito, el directorio debía informar sobre la efectividad de las políticas aprobadas para difundir al interior de la organización, sus accionistas y al público en general, los beneficios de la diversidad e inclusión para la sociedad; las barreras organizacionales, sociales o culturales detectadas que pudieren estar inhibiendo la natural diversidad que se habría dado de no existir esas barreras; la utilidad y aceptación que han tenido los reportes de sostenibilidad difundidos a los grupos de interés relevantes de la sociedad y la realización de visitas en terreno a las distintas dependencias e instalaciones de la sociedad.

También, si el directorio ha aprobado una política y establecido procedimientos formales que tienen por objetivo proveer anualmente al público información respecto a:

i) Políticas adoptadas por la sociedad en materia de responsabilidad social y desarrollo sostenible;
ii) Grupos de interés identificados por la sociedad como relevantes, así como las razones por las que tales grupos tienen esa condición;
iii) Riesgos relevantes, incluidos los de sostenibilidad, de la sociedad, así como las principales fuentes de esos riesgos;
iv) Indicadores medidos por la sociedad en materia de responsabilidad social y desarrollo sostenible;
v) La existencia de metas y la evolución que han tenido los indicadores de sostenibilidad;
vi) Detectar y reducir barreras organizacionales, sociales o culturales que pudieren estar inhibiendo la diversidad de capacidades, condiciones, experiencias y visiones que, sin esas barreras, se habría dado naturalmente en la organización e
vii) Identificar la diversidad de capacidades, conocimientos, condiciones, experiencias y visiones con que deben contar sus ejecutivos principales.

Se indica en esta NCG que, para efectos de la definición de las políticas, indicadores y formato de reporte referidos, se han seguido estándares internacionales como, por ejemplo, las directrices contenidas en la ISO 26000: 2010 o los Principios y Estándares de Reportes y Difusión de la Global Reporting Initiative o del International Integrated Reporting Council, por lo cual ello aparece como sugerencia para que las sociedades se ajusten a los mismos estándares.

Por su parte la NCG n.° 386 de 2015 detalló los criterios de diversidad que en materia de responsabilidad social y desarrollo sostenible debían cumplir las empresas. Exigió que la información detallara la diversidad del directorio, de la gerencia general y demás gerencias de la empresa, señalando el número de personas por género; por nacionalidad; por rango de edad y por an-

tigüedad; mismos criterios de diversidad que debían ser informados con respecto a la organización, distinguiendo por sexo, nacionalidad, rango de edad, antigüedad el número de trabajadores de la empresa, exigiendo, finalmente que se informara sobre la brecha salarial, indicando la proporción que representa el sueldo bruto base promedio, por tipo de cargo, responsabilidad y función desempeñada de las ejecutivas y trabajadoras respecto de los ejecutivos y trabajadores.

Un claro avance en la idea de orientar y forzar la entrega de información al mercado sobre criterios no financieros que cada día son más valorados por quienes concurren a él a materializar sus inversiones y colocar sus ahorros.

NCG n.°461, de 2021

Con fecha 12 de noviembre del año 2021 la CMF publicó la NCG n.° 461 bajo el título "Modifica la estructura y contenido de la memoria anual de los emisores de valores y modifica y deroga normas que indica".

Si bien su entrada en vigencia será gradual, a partir del 31 de diciembre de 2022[5], la preparación de su puesta en marcha exigirá un arduo trabajo para los emisores que se financian en el mercado de valores.

Como novedad, exige que la memoria anual sea el documento único al que se integre toda la información que incide en y puede llegar a determinar la creación de valor de la organización. No solo la de carácter financiero, sino que, también, aquella que produce un efecto medioambiental e impacto social; lo que se busca con esta exigencia es que cada empresa recoja e informe a través de un solo documento cómo se están integrando las políticas medioambientales y sociales dentro del gobierno corporativo de la sociedad.

La gran diferencia con las normas anteriores, es que esta nueva regulación exige que la información se integre y recoja –con una mira de conjunto– en la memoria anual de la compañía, que como ya se dijo en lo que antecede es el conducto oficial de comunicación de la sociedad para con los accionistas,

[5] Para aquellas sociedades anónimas abiertas que superen el equivalente a veinte millones de UF en activos totales consolidados calculados a la fecha de inicio del ejercicio a que se refiere la Memoria, a partir del 31 de diciembre de 2022; para aquellas sociedades anónimas abiertas que superen el equivalente a un millón de UF en activos totales consolidados calculados a la fecha de inicio del ejercicio a que se refiere la Memoria, a partir del 31 de diciembre de 2023 y para las sociedades anónimas especiales inscritas en el Registro de Valores que lleva la Comisión, o que conforme a la norma de carácter general n.º 431 o circular n.º 991 deben remitir su Memoria Anual conforme a lo establecido en la norma de carácter general n.º 30, y los demás emisores de valores no contemplados en los dos números anteriores, a partir del 31 de diciembre de 2024.

el mercado y la agencia estatal de control, por lo que la incorporación de información incompleta, falsa, defectuosa, inoportuna o tendenciosa en la memoria en cita, que incluye ahora lo referido a valores medioambientales, de impacto social y de gobierno corporativo, originara para quienes deben proporcionar tal información las responsabilidades legales correspondientes.

Como se ve, se trata de incorporar en el diseño del gobierno de la corporación la consideración del conjunto de valores –financieros, medioambientales, de impacto social y de buenas prácticas– que permiten sostener la creación de valor en el tiempo. Solo así será posible identificar de manera eficiente los riesgos de sostenibilidad y la respuesta que se da frente a ellos o las decisiones que se adoptan para hacerles frente. Lo mismo en relación con la identificación de los riesgos de impacto social y la forma en que se los enfrenta o se los minimiza.

La norma en cita tiene once secciones.

En las secciones uno y dos se exige detallar el índice de contenidos, haciendo referencia expresa a los estándares internacionales de reporte que haya tomado como referencia la entidad; se exige describir el perfil de la entidad, haciendo referencia a la misión, visión, propósito y valores de la misma, dando cuenta de la información histórica de la organización, de la estructura de propiedad de la empresa, si tiene o no controlador en los términos definidos por la LMV, con la identificación de los socios o accionistas mayoritarios, describiendo el tipo de acciones que se han emitido, sus características y derechos.

En nuestra opinión, es en las secciones tres, cuatro y cinco donde aparece con mayor nitidez la exigencia de incorporar en la memoria anual la información de cómo se están integrando las políticas medioambientales y sociales dentro del gobierno corporativo de la sociedad.

En la sección tercera se perfeccionan y precisan las prácticas de buen gobierno ya exigidas en la normativa anterior y se agregan otras en la idea de integrar a estas la necesidad de considerar también el impacto social y medioambiental que ellas provocan. Se acepta la idea de que los riesgos medioambientales y de impacto social afectan el valor de la empresa.

Así, y solo para contextualizar la forma en que interactúan y se relacionan estas nuevas exigencias, se pide ahora que la entidad informe cómo:

> "Integra un enfoque de sostenibilidad en sus negocios; en particular cómo la entidad incorpora las materias ambientales (en especial el cambio climático), sociales y de respeto a los derechos humanos, en los distintos procesos de evaluación y definiciones estratégicas, y cómo la entidad define a las unidades o responsables que tienen a cargo estas materias".

Exige, también, que se informe cómo detecta y gestiona los conflictos de interés que enfrenta, las conductas que pudieran afectar la libre compe-

tencia y competencia leal, y cómo se previene la corrupción, el lavado de activos y financiamiento del terrorismo. De igual modo, pide que la organización identifique los principales grupos de interés y la forma en que los aborda y el impacto que produce sobre ellos.

En materia de diversidad, pide que la entidad explique cómo:

> "Detecta y reduce barreras organizacionales, sociales o culturales que pudieren estar inhibiendo la diversidad de capacidades, condiciones, experiencias y visiones que, sin esas barreras, se habría dado naturalmente en la organización",

así como, también, la forma en que identifica la diversidad de capacidades, conocimientos, condiciones, experiencias y visiones con que deben contar todos quienes desempeñen funciones en los distintos niveles de la organización, y cuáles son las políticas de contratación a objeto de lograr y preservar esa diversidad.

En cuanto a la conformación del directorio, la norma exige que se deberá reportar el número total de directores separados por hombres y mujeres, por nacionalidad, por rango de edad, por antigüedad en la organización, por quienes están en situación de discapacidad, distinguiendo entre directores titulares y suplentes, así como la brecha salarial por sexo en función de la media y la mediana, en el evento que existan remuneraciones diferenciadas entre directores o que existan regalías, dietas u otro tipo de compensaciones que no resulten aplicables a todos ellos.

Exigencias que claramente apuntan a la idea de que con mayor diversidad será más fácil leer el entorno en que se mueve la organización, lo que, a su vez, permitirá abrir espacios de reflexión en los directorios acerca del propósito de la empresa puesto que –los cambios económicos, políticos y culturales– que siempre la rodean, obligarán a estos a repensar el propósito del por qué y para qué existe la empresa y cómo impacta a la comunidad. Un pool de miradas lo más diversa posible sin duda es un activo para afrontar escenarios complejos asociados a la velocidad de cambios regulatorios, tecnológicos, sociales y políticos.

Se perfeccionan las normas anteriores en materia de comités de directores, ejecutivos principales y de gestión de riesgo. En relación con esto último se pide precisión sobre:

> "Las directrices generales establecidas por el Directorio, u órgano de administración, sobre las políticas de gestión de riesgos, especialmente operacionales, financieros, laborales, ambientales (en particular los físicos y de transición referidos a cambio climático), sociales y de derechos humanos, señalando si para esos efectos ha tomado como guía principios, directrices o recomendaciones nacionales o internacionales, y cuáles son".

Además, se deberá informar sobre los riesgos y oportunidades que la entidad hubiere determinado pudieran afectar de manera material el desempeño de sus negocios y su condición financiera, describiendo el impacto de aquellos tanto en el desarrollo de sus actividades como en su estrategia y planificación financiera, y la resiliencia del modelo de negocios ante la materialización de los mismos[6].

[6] Sobre este punto, al menos se deberá hacer referencia, en lo que resulte pertinente: "a: Riesgos y oportunidades inherentes a las actividades de la entidad y aquellos asociados a eventos que puedan afectarle a través de sus subsidiarias, asociadas, proveedores o del mercado en general, incluyendo riesgos ambientales, sociales y de derechos humanos. En particular respecto a cambio climático, aquellos riesgos físicos ('physical risks') y de transición ('transition risks') de corto, mediano y largo plazo, así como las oportunidades en igual término. Al referirse al impacto de esos riesgos y oportunidades, deberá mencionar el que tendrían en el financiamiento de costos operacionales, ingresos, costos y uso de capital, y acceso a financiamiento. En caso que se hubieren empleado escenarios para la determinación de esos impactos, se deberá hacer una breve descripción de los mismos. Por ejemplo, si se tuvo en consideración la transición a una economía baja en emisiones de gases de efecto invernadero a efectos de evitar un alza de más de 2.° Celsius por sobre la temperatura media del planeta antes del desarrollo industrial; b. Riesgos de seguridad de la información, especialmente en relación con la privacidad de los datos de sus clientes; c. Riesgos relativos a la libre competencia; d. Riesgos referentes a la salud y seguridad de los consumidores; e. Otros riesgos y oportunidades derivados de los impactos que la entidad y sus operaciones generaren directa o indirectamente en el medioambiente o en la sociedad".

Asimismo deberá precisar e informar "Cómo se detectan todos esos riesgos y cómo se determinan aquellos relativamente más significativos que los demás, incluyendo si en dicho proceso se consideran cambios en la regulación existente o el surgimiento de nueva regulación y procedimientos de debida diligencia en materia de derechos humanos; Cuál es el rol del Directorio, u órgano de administración, y alta gerencia, en la detección, evaluación, gestión y monitoreo de dichos riesgos, en especial los ambientales, sociales y de derechos humanos, con particular énfasis en el cambio climático, y cómo se adoptan las respuestas estratégicas para mitigar, transferir, aceptar, evitar y priorizar esos riesgos; Si cuenta con una unidad de gestión de riesgos, específicamente encargada de la detección, cuantificación, monitoreo y comunicación de riesgos; Si cuenta con una unidad de auditoría interna o equivalente, responsable de la verificación de la efectividad y cumplimiento de las políticas, procedimientos, controles y códigos implementados para la gestión de riesgos; Si cuenta con un Código de Ética o de Conducta o documento equivalente que define los principios y lineamientos que deben guiar el actuar del personal y del Directorio; Si cuenta con programas de divulgación de información y capacitación permanente para el personal respecto de las políticas, procedimientos, controles y códigos implementados para la gestión de riesgos; Si cuenta con un canal disponible para su personal, accionistas, clientes, proveedores y/o terceros ajenos a la entidad, para la denuncia de eventuales irregularidades o ilícitos, señalando cómo funciona ese canal, en específico si garantiza el anonimato del denunciante, si permite al denunciante conocer el estado de su denuncia, y si es puesto en conocimiento de su personal, accionistas, clientes, proveedores y terceros, tanto mediante capacitaciones como a través del sitio en Internet de la entidad; Si cuenta con procedimientos para establecer un Plan de Sucesión, el cual incorpore la identifi-

En la sección cuarta, se abunda en las exigencias referidas a la estrategia, tanto en sus horizontes de tiempo como en los objetivos de corto, mediano y largo plazo, debiendo describirse los planes de inversión que se ejecutarán.

La sección quinta se refiere a la información que se deberá entregar del personal de la entidad, la que tendrá que considerar a todas aquellas personas que a la fecha del reporte presten servicios a la organización bajo un contrato de trabajo, incluyendo a las personas que presten servicios a la entidad y que formalmente estén contratadas por las empresas del mismo grupo empresarial de esta.

Se deberá informar sobre la dotación de personal, indicando el número de personas por sexo, nacionalidad, por rango de edad, el tipo de relación laboral que mantienen, si existen o no pactos de adaptabilidad, qué política de equidad salarial se ha implementado, si existe o no brecha salarial, si la entidad cuenta con políticas para prevenir y gestionar el acoso laboral y sexual, señalando expresamente si cuenta con programas de capacitación sobre esas materias y con canales de denuncia, debiendo, también, referirse a las políticas sobre seguridad laboral, informando las metas e indicadores de las tasas de accidentabilidad por cada cien trabajadores, tasa de fatalidad cada cien mil trabajadores, tasa de enfermedades profesionales por cada cien trabajadores y el promedio de días perdidos por accidente durante el año; las políticas de permiso posnatal que ha implementado y la existencia de políticas de capacitación y beneficio a los trabajadores y política de subcontratación.

Las sección sexta se refiere al modelo de negocios de la entidad; la número siete a la gestión de los proveedores y la numero ocho a los indicadores y el cumplimiento legal y normativo en relación con los clientes, trabajadores, el ambiente, la libre competencia, como así también a los indicadores de sostenibilidad por tipo de industria, debiendo indicarse si la entidad cuenta

cación entre los trabajadores de la entidad u otros externos, a potenciales reemplazantes del gerente general y demás ejecutivos principales. Deberá señalar si ese Plan de Sucesión permite reemplazar oportunamente al gerente general y demás ejecutivos principales, y traspasar sus funciones e información relevante, ante su ausencia imprevista, minimizando el impacto que ello tendría en la organización; Si cuenta con procedimientos para que el Directorio revise las estructuras salariales y políticas de compensación e indemnización del gerente general y demás ejecutivos principales, indicando la periodicidad con la cual se realizan esas revisiones e informando si para esos efectos contempla la asesoría de un tercero ajeno a la entidad; Si cuenta con procedimientos para someter las estructuras salariales y políticas de compensación e indemnización del gerente general y demás ejecutivos principales a aprobación de los accionistas, de manera adicional a la aprobación del Directorio o de uno de sus Comités. Por su parte, si considera la divulgación de esas estructuras y políticas al público en general; y, Si cuenta con un modelo implementado de prevención de delitos conforme a lo establecido en la Ley N° 20.393 y destinado a evitar la comisión de éstos en la organización".

con procedimientos destinados a prevenir y detectar incumplimientos regulatorios a la ley sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Por último, las secciones diez y once se refieren a la necesidad de incluir una síntesis fiel de los comentarios y proposiciones relativos a la marcha de los negocios sociales, formuladas por accionistas y el Comité de Directores e informar si los estados financieros están disponibles en el sitio en internet de la CMF.

Efectos que producirá la NCG n.º 461, de 2021

Como se puede apreciar, se trata de un cumulo bien abundante y detallado de información que deberá ser entregado por los emisores de valores de oferta publica al mercado, los accionistas y a la agencia estatal de control.

En nuestra opinión, la NGC n.º 461, incluso desde antes de su entrada en plena vigencia, producirá, paulatinamente, entre otros, los siguientes efectos:

i) Uniformidad en la entrega de información, lo que facilitara la comparación y medición de los estándares que cumple cada uno de ellos. Todos los emisores a quienes aplica esta regulación[7] deberán incluir en su memoria anual idéntica información, con el detalle exigido por la norma en cita. Un paso más en la muy necesaria reducción de asimetrías de información en el mercado financiero.

ii) La apertura en la cantidad y calidad de información disponible dejará a los emisores de valores sujetos a un mayor escrutinio respecto de sus políticas, prácticas y metas en una serie de materias respecto a las cuales antes se carecía de información pública.

iii) Existirá una mayor exposición de los emisores de valores a ser sujetos de reproche, tanto desde un punto de vista interno (accionistas, ejecutivos, trabajadores, sindicatos) como externos (proveedores, consumidores, clientes), de cara a las entidades reguladoras y a la comunidad en general.

iv) La divulgación de información sobre factores ESG facilitara la comprensión de los impactos de la empresa sobre ambiente y la sociedad (materialidad medioambiental y social); y facilitara la comprensión de las condiciones financieras en el rendimiento operativo y el perfil de riesgo de las empresas para mejorar la toma de decisiones econó-

[7] Emisores de Valores de oferta pública, Bancos, Compañías de Seguro, Administradoras Generales de Fondos, Bolsas de Valores, Bolsas de Productos, Depósito de Valores, Sociedades Administradoras de Sistemas de Compensación y Liquidación de Instrumentos Financieros.

micas (materialidad financiera). Permitirá la internalización de los riesgos de impacto social, medioambiental y de buenas prácticas de gobierno en el valor de la organización.

v) El valor de los emisores se verá afectado por la entrega de esta información. Dada la creciente relevancia que ha adquirido en el ámbito local e internacional la divulgación de información respecto de las políticas, prácticas y metas que, en materia de sostenibilidad han adoptado los emisores de valores, el mercado premiara y valorara de mejor manera a aquellos emisores que ajusten sus políticas, prácticas y metas a las normas ESG.

vi) Incrementara la competencia entre los emisores de valores. De momento que el mercado cuenta con esa información integrada en la memoria anual, los inversionistas podrán evaluar y seleccionar aquellas alternativas de inversión en que estarían mejor resguardados sus intereses, lo que incentivara su cumplimiento e intensificara la competencia por la captación de los ahorrantes que prefieran a emisores que se ajusten a esos estándares.

vii) Impulsara una mejora sustancial en materia de diversidad y de cultura en el mundo corporativo. Un pool de miradas lo más diversa posible es un activo para afrontar escenarios complejos asociados a la velocidad de cambios regulatorios, tecnológicos, sociales y políticos. Es la oportunidad para entender que no solo se trata de cumplir formalmente con esta nueva regulación, sino que a partir de ella se podrán replantear las estrategias corporativas en la idea de que, para crear valor sostenible en el tiempo, se deben integrar los valores sociales, de impacto medioambiental y de buenas prácticas en la cultura de la organización.

Bibliografía

Freeman, Ronald Edward (1984): *Strategic Management: A Stakeholder Approach* (New York, Harpercollins College Div).

Pfeffer, Francisco (2015): "Deber de lealtad de directores y gerentes de sociedades anónimas al interior de un grupo de sociedades, a propósito del denominado Caso Cascadas". *Actualidad Jurídica*, n.º 32 (Santiago, Universidad del Desarrollo), pp. 207-226.

LA UTILIDAD DE LAS FORMAS PROCESALES EN EL PROCESO JUDICIAL Y LA NECESIDAD DE DISTINGUIR LAS FORMAS DE LOS FORMALISMOS

THE USEFULNESS OF PROCEDURAL FORMS IN THE JUDICIAL PROCESS AND THE NEED TO DISTINGUISH FORMS FROM FORMALISMS

Jaime Carrasco Poblete[*]

RESUMEN: La forma de los actos procesales resulta ser uno de los requisitos que debe cumplir un acto procesal y su infracción se aborda normalmente desde el plano de la invalidez.

En cuanto al concepto, la forma de los actos procesales se inserta en uno de los temas más debatidos de la teoría del proceso. La amplitud o restricción de tal acepción admite concluir que esta investigación es insuficiente para abordarlo en su totalidad.

Con todo, consideramos que es posible abordarlo de manera parcial, especialmente:

a) Porque parte de la doctrina sostiene que la nulidad procesal se produce por la infracción o el quebrantamiento de los requisitos de forma del acto procesal;
b) Porque los conceptos de forma y formalismos deben distinguirse y
c) Porque consideramos que deben revelarse algunas situaciones procesales en que a través de una interpretación formalista de la norma se obtienen resultados jurídicamente indeseables.

PALABRAS CLAVES: Derecho procesal, proceso judicial, procedimientos.

[*] Doctor en Derecho. Magíster en Derecho Público. Máster en Derecho de la Empresa y Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de los Andes, Chile. Profesor de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: jaimecarrascop@udd.cl; jcarrasco@ccycia.cl

Abstract: The form of the procedural acts turns out to be one of the requirements that must comply with a procedural and your infringement is normally addressed from the level of invalidity.

As for the concept, the form of procedural acts is inserted into one of the most debated topics of process theory. The amplitude or restriction in this sense, it admits to conclude that this investigation is insufficient to address the give it in its entirety.

However, we believe that it is possible to address it partially, especially:

a) Because part of the doctrine holds that procedural nullity occurs because of the infringement or breach of the requirements of form of the procedural act;
b) Because the concepts of form and formalisms must be distinguished and
c) Because we believe that some procedural situations should be revealed in which, through a formalistic interpretation of the norm, legally undesirable results are obtained.

Keywords: Procedural law, judicial process, procedures.

I. El concepto de requisitos de forma en la doctrina

Constituye una operación compleja determinar la forma del acto procesal porque, para una parte de la doctrina, la forma consiste en los modos de exteriorización del acto, el lugar y el tiempo; otra parte de la doctrina, en cambio, adopta una interpretación más restringida, afirmando que la forma está compuesta solo por los modos de exteriorización del acto procesal, excluyendo los requisitos de lugar y tiempo.

En efecto, la doctrina se divide al entender el concepto de forma de los actos procesales y su extensión en sentido amplio (modo de exteriorización, tiempo y lugar)[1] y en sentido restringido (tiempo y lugar)[2].

[1] En sentido amplio se manifiestan Chiovenda (1954), tomo iii, p. 115 y ss.; Alsina (1963), tomo i, pp. 615-616; Alsina (1958), p. 81 y ss.; Liebman (1980), p. 168; Dinamarco (2003), vol. ii, p. 581; Bedaque (2006), p. 41; Marelli (2000), p. 32; Berizonce (1980), p. 17; Colombo, Alvarez, Neuss y Porcel (1992), tomo i, p. 273; Maurino (2001), p. 2; Oberg (2001), p. 199; Arazi (1995), pp. 177-180.

[2] Carnelutti (1950), tomo iii, p. 239; Palacio (1991), tomo i, p. 328 y ss.; Guasp y Aragoneses (2002), tomo i, pp. 296-309; Prieto-Castro (1982), tomo i, p. 552 y ss.

II. El problema de las formas procesales como presupuesto generador de la nulidad procesal

Quienes explican la nulidad desde una perspectiva intrínseca al acto procesal o desde la estructura orgánica del acto centran el estudio de la nulidad desde los requisitos del acto. En efecto, la teoría intrínseca sobre la nulidad de actuaciones procesales se construye desde la estructura orgánica o estructural del acto procesal y desde esa orientación, es necesario determinar cuáles son los requisitos que componen la estructura del acto.

En cuanto a cuáles son los requisitos del acto procesal, existe una variedad de propuestas doctrinales[3]. Tal construcción es de carácter teórica y carece de una base positiva general en nuestra legislación procesal, lo que trae aparejado una dispersión de propuestas que generan dificultades al momento de afirmar cuáles son los requisitos del acto procesal, no quedando otra solución que estar a los estudios doctrinales sobre la teoría del acto procesal, distinguiéndose los requisitos de fondo y de forma.

Lo anterior constituye un obstáculo al cual hay que adicionar otro más, que tiene relación con las causas o motivos que generan la nulidad. En efecto, un sector de la doctrina proclama la nulidad solo cuando existe un quebran-

[3] En nuestra doctrina Colombo (1997), tomo i, p. 147 y ss., distingue los requisitos de existencia y de validez de los actos procesales, constituyendo los primeros el conflicto de intereses de relevancia jurídica, la jurisdicción y la acción cuando constituye presupuesto del proceso (acto procesal complejo), la voluntad, el objeto, la causa y las solemnidades (acto procesal singular), y los segundos la voluntad exenta de vicios, la capacidad, el objeto lícito, la causa lícita y ciertas solemnidades; Pottstock (1997), tomo ii, p. 19 y ss. analiza el concepto de acto procesal y luego dedica el estudio a la manifestación de voluntad; a la ejecución de los diferentes actos señalando que su cumplimiento obedece a un criterio cronológico, lógico y finalista, para, posteriormente, explicar la forma, el lugar y el tiempo, afirmando en esta parte que "la eficacia de los actos jurídicos procesales está en estricta relación con el cumplimiento de esos tres elementos" (p. 33). En el derecho comparado, entre la abundante bibliografía, *cfr.* Carnelutti (1944), tomo iii, p. 154, se refiere a la capacidad, legitimación, forma, voluntad, causa, tiempo, lugar, presupuesto y condición de los actos procesales. Palacio (1991), tomo i, p 323, sostiene que tres son los elementos del acto procesal: los sujetos, el objeto y la actividad y este último se descompone en tres dimensiones: lugar, tiempo y forma. Arazi (1995), p. 174 y ss., expresa que la estructura del acto procesal está compuesta por la forma y el contenido, y respecto del primero lo subdivide en forma o exteriorización, tiempo y lugar. Devis (1985), tomo ii, p. 453, distingue entre los requisitos de forma y de fondo, unos son subjetivos y otros objetivos. Berizonce (1980), pp. 25-26, diferencia los vicios intrínsecos de los vicios extrínsecos. Los primeros se derivan de la violación de las formas estatuidas. Los otros son consecuencia de la falta de los requisitos de fondo (discernimiento, intención y libertad). En este sentido también *cfr.* Gelsi (1981), p. 65 y ss. Otras clasificaciones *cfr.* Ortells y Martín (2011), pp. 376-386; Cordón (1994), p. 152 y ss.; Guasp y Aragoneses (2002), tomo i, p. 288 y ss. Colombo, Alvarez, Neuss y Porcel (1992), tomo i, p. 271.

tamiento de las formas del acto procesal o a los llamados vicios extrínsecos, mientras que otros, extienden su aplicación a las infracciones de cualquiera de los demás elementos del acto[4].

Opiniones como las de Julio Salas[5], Carlos Stoherel[6], Sergio Peña[7], Giuseppe Chiovenda[8], Hugo Alsina[9], Adolfo Gelsi[10], Eduardo Couture[11] y Hernando Devis[12] aluden a la inobservancia de la forma como presupuesto generador de la nulidad procesal.

La forma de los actos de procedimiento tiene una especial importancia en materia procesal. El legislador se ha preocupado de regular –en general– la forma de los actos procesales. Así, en nuestro *Código de Procedimiento Civil* ciertos actos procesales tienen una regulación en cuanto a su forma y otros, en cambio, son regulados tanto en su forma como en su contenido. El deslinde entre la forma y el contenido del acto dependerá de cada acto procesal en concreto, pero cuanta más regulación recibe un acto procesal se hace más difícil determinar los límites de cada requisito.

Para determinar la nulidad de un acto jurídico-procesal nuestro ordenamiento procesal civil no alude en ninguna parte a la forma de este. Tampoco menciona a la forma como requisito del acto procesal. La expresión *forma* se utiliza en un sentido procedimental, es decir, remitiendo a alguna norma que disponga la manera como debe realizarse o ejecutarse una determinada actuación procesal. Así, por ejemplo, entre muchos casos, el artículo 4 del *CPC* dispone que se debe comparecer en juicio en la forma que determine la ley; el artículo 40 del *CPC* señala que la notificación de la resolución que provee la demanda se hará al actor en la forma establecida en el artículo 50; y el artículo 216 del *CPC* indica que el apelado puede adherirse a la apelación en la forma y oportunidad que se expresa en el artículo siguiente.

Sin perjuicio de las discrepancias doctrinales sobre qué constituye la forma del acto procesal, este concepto puede incidir en el ámbito de la nulidad procesal, pero su inobservancia no siempre devendrá en una declaración de nulidad. En efecto, en ciertos casos, el quebrantamiento de la legalidad procesal podrá generar una declaración de nulidad, pero en otros casos será

[4] A este problema se refieren, entre otros, Lourido (2004), p. 19 y ss.; Vilela (2007), p. 39; Yélamos (2006), pp. 46-47; Martínez (1980), p. 55; Molina (2007), p. 17.

[5] Salas (2004), p. 73.

[6] Stoehrel (2009), p. 149.

[7] Peña (2010), p. 24.

[8] Chiovenda (1977), tomo ii, p. 117; Chiovenda (1954), tomo iii, p. 119.

[9] Alsina (1963), tomo i, pp. 627 y 646.

[10] Gelsi (1981), p. 110.

[11] Couture (2011), pp. 304-305.

[12] Devis (1985), tomo ii, pp. 454-455.

improcedente valorar la irregularidad formal de un acto y calificarlo de inválido. En ese juicio de valoración del defecto o irregularidad es necesario considerar tres aspectos:

i) El origen del acto, debiendo distinguirse aquellos actos que provienen del tribunal o de los auxiliares de la administración de justicia y de las partes o de terceros técnicos;
ii) Que la infracción de la forma procesal puede no influir en los objetivos y finalidades del acto procesal, por lo que la sola inobservancia del requisito formal no genera necesariamente una declaración de nulidad (debe valorarse la irregularidad o defectuosidad del acto y qué consecuencias genera) y
iii) Que la infracción de la forma procesal puede significar la aplicación de otras sanciones de naturaleza procesal.

El origen del acto incide en la aplicación de la nulidad porque los actos que provienen de los tribunales de justicia (resoluciones judiciales) y ciertas actuaciones judiciales (como el emplazamiento, una diligencia de prueba, etc.) pueden declararse nulas. Los actos procesales que provienen de las partes y de terceros técnicos no son anulables y el incumplimiento de algún requisito formal no genera la nulidad sino otra forma de invalidez.

Analicemos esto con algunos ejemplos. El tiempo u oportunidad es relevante en el ejercicio de un acto procesal, ya que su inobservancia puede implicar consecuencias adversas. Así, la presentación extemporánea de un recurso puede acaecer en una inadmisibilidad (artículo 201 inciso 1.º y 778 inciso 1.º del *CPC*); hasta hace poco tiempo no dejar dinero para obtener compulsas en la oportunidad procesal correspondiente podía devenir en una deserción (artículo 197 inciso 2.º del *CPC*, actualmente derogado por la Ley n.° 20886); contestar inoportunamente la demanda importará la preclusión o decadencia del acto procesal (artículo 64 del *CPC*); hacerse parte extemporáneamente en segunda instancia devendrá en la deserción del recurso (artículo 201 del *CPC*, actualmente derogado por la Ley n.° 20886); dictar sentencia fuera del plazo establecido por la ley podrá generar una sanción disciplinaria (artículo 547 del *COT*). Como se aprecia, el cumplimiento extemporáneo del acto respectivo no produce, en ninguna de las hipótesis mencionadas, la nulidad procesal, sino otra sanción. En otros casos como, por ejemplo, la realización inoportuna de una audiencia de contestación y conciliación a propósito del procedimiento sumario puede generar una eventual declaración de nulidad; lo mismo puede ocurrir con la realización extemporánea de la audiencia de exhibición de documentos.

Los ejemplos antes mencionados demuestran que la falta de un requisito de forma de un acto no tiene como consecuencia necesaria la declaración de nulidad. El ordenamiento jurídico dispone diversas formas de invalidez de un acto deforme o irregular. En ciertos casos, la falta de un requisito del

acto importará la declaración de nulidad, en otros, corresponderá la declaración de inadmisibilidad. También podrá asignarse otra consecuencia o efecto como la preclusión, la inoponibilidad u otra que la ley establezca. En ciertas ocasiones el juez podrá ordenar subsanar el defecto que padece el acto o, simplemente, el acto se convalidará de manera expresa o tácita.

Entonces, ¿cuándo el ejercicio extemporáneo de un acto procesal conlleva la declaración de nulidad? Por un lado, la forma de invalidez dependerá del origen del acto procesal concreto. No es lo mismo determinar la validez de un acto procesal del tribunal que un acto procesal de parte. Por otro lado, tratándose de actos procesales que provienen del tribunal, deben analizarse una serie de reglas y principios para determinar la invalidez (tiempo en que se impetró la declaración de nulidad, posibles límites que impiden declararla, formas de subsanación y convalidación, existencia de perjuicio, etcétera).

En otras palabras, la inobservancia de las formas procesales solo en ciertos casos puede constituir un criterio generador de la nulidad procesal porque para que un tribunal la declare es necesario que realice un juicio de valor respecto del vicio, defecto o irregularidad del acto para luego calificarlo de inválido y, en consecuencia, declarar la ineficacia. La nulidad procesal no se produce necesariamente por la falta de un requisito formal o por el hecho de detectarse y denunciarse la irregularidad de un acto procesal.

Finalmente es necesario mencionar que en épocas pasadas, el culto excesivo al formalismo generó consecuencias nefastas para la administración de justicia. En efecto, antiguamente los tribunales de justicia exageraron el cumplimiento de los requisitos de ciertos actos, pasando a ser verdaderos defensores de ritualismos procesales extremos, que desde una óptica moderna son insostenibles[13]. Por eso la nulidad procesal explicada de un modo intrínseco pasa de ser un instrumento para el ejercicio de la función jurisdiccional a un rigorismo de anulación excesiva.

[13] Así por ejemplo, una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de mayo de 1913, *RDJ*, tomo XI, sec. 2ª, pp. 60-62, declaró que la notificación de una persona hecha en forma personal en un lugar donde no ejerce su habitación es nula porque no se cumplieron los requisitos que disponía el artículo 44 del *Código de Procedimiento Civil*. En dicho juicio se notificó al demandado personalmente en un fundo de su propiedad, pero que arrendaba a otra persona y en virtud que la estadía del demandado es accidental la Corte sostuvo que no se cumplieron los requisitos para notificar en virtud del artículo 44 del *Código* mencionado y, consecuencialmente anuló la notificación, no obstante ella se hizo personalmente. Otra sentencia de la Corte Suprema, 12 de marzo de 1913, *RDJ*, tomo XI, sec. 1ª, pp. 225-226, acogió un recurso de casación en la forma fundado en que al anunciarse la causa en tabla se agregó una letra más al apellido de una de las partes, lo cual constituye un vicio y la sentencia debe ser anulada por esa vía. Un ejemplo similar lo constituye la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de abril de 1946, *Jurisprudencia al día*, año 18, n.° 783-784, p. 59 y ss., que declaró nulo un remate que se realizó un minuto antes de la hora fijada.

III. Legalidad o libertad de las formas procesales

El ordenamiento jurídico puede optar por ser más o menos formal. Esto dependerá de las opciones legislativas que quieran adoptarse.

Según explica Piero Calamandrei[14], existen dos sistemas que tienen relación con las formas procesales: el de libertad y el de legalidad de las formas. El mismo autor expresa:

> "Según el primero de estos sistemas (que probablemente en la práctica no ha sido nunca aplicado de un modo integral), se dejaría a aquellos que aspiran a obtener una providencia jurisdiccional en libertad de dirigirse al juez en las formas que considerasen más oportunas y persuasivas, sin necesidad de deber seguir el orden y modos preestablecidos"[15].

El segundo, implica que la ley es la encargada de regular con mayor o menor exhaustividad la forma en que deben desarrollarse los diversos actos procesales.

Nos parece que ninguno de los dos sistemas se ha aplicado en estricto rigor, sino que lo que existe en gran parte de los C*ódigos de Procedimiento* es una reglamentación más completa de ciertos actos procesales que suelen considerarse relevantes o trascendentes, con la finalidad de conferir protección a derechos de las partes, impidiendo eventuales hipótesis de indefensión. Los actos procesales de menor importancia suelen regularse de manera más sucinta o simplemente carecen de reglamentación legal.

El ordenamiento procesal civil no contiene una regulación sistemática de los actos procesales, resultando innegable la existencia de ciertos actos que no están regulados y otros que están reglamentados de forma más o menos completa. Por tal razón, cabe preguntarse si las formas de los actos procesales pueden, en mayor o menor medida, ser disponibles ya sea por las partes individual o convencionalmente, ya sea por el juez.

Como se explicó, existen diversos sistemas que regulan las formas procesales. En un extremo están aquellos que se basan en la legalidad de las formas y, en el otro, el sistema de libertad de formas. Atendido que ambos sistemas son extremos, el punto medio lo marcan aquellos sistemas intermedios o eclécticos, los que se diferencian de los anteriores en que no prescinden del sistema legal, pero atenúa su concepción ortodoxa y otorgan mayores poderes al juez, pasando este último de un juez espectador a un juez director[16].

---

[14] Calamandrei (1996), vol. I, p. 319. En este mismo sentido Berizonce (1967), p. 47 y ss.

[15] Calamandrei (1996), vol. I, pp. 319-321.

[16] Estos sistemas intermedios pueden clasificarse dependiendo del mayor énfasis en los principios de flexibilidad de las formas o de instrumentalidad. Así, según explica Maurino

Para determinar la mayor o menor disponibilidad de las formas procesales, en nuestra opinión, hay que tener en consideración varias cuestiones. Por una parte, se debe considerar la naturaleza jurídica de las normas procesales, pues casi la unanimidad de la doctrina aboga por su naturaleza de carácter público. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que las formas procesales tienen relación con los requisitos de actividad del acto procesal, lo que nos lleva a preguntarnos si tales requisitos como el modo de exteriorización del acto y, en menor medida, el lugar y el tiempo son disponibles o si, por el contrario, se trata de requisitos de naturaleza de orden público siendo irrenunciables e indisponibles. Finalmente, debemos establecer si la ley ha regulado expresamente la forma de ciertos actos procesales. En dicho caso consideramos que lo que se busca es seguridad jurídica y también resguardar las garantías y derechos de las partes por lo que ellas constituirían normas absolutas y, por tanto, sería indisponible su alteración o modificación ya sea por las partes o por el juez en virtud que estas estarían informadas por principios procesales que no pueden ser alterados. Sin embargo, el derecho procesal no puede regular la forma como se deben desarrollar todos los actos procesales, ya que, de ser así, se retrocedería a un derecho ritual, al procedimentalismo antiguo, al formalismo, donde un mínimo error o alteración en el desarrollo formal de un acto degeneraría en una ineficacia procesal, lo cual pugna con la visión moderna y antiformalista del derecho procesal.

En el evento que el legislador regulara con exhaustividad la forma en que debieran desarrollarse todos los actos procesales, con seguridad el *Código* tendría una infinidad de artículos, lo que implicaría un desgaste innecesario para el legislador y un problema para la enseñanza del derecho.

Somos de la opinión que en aquellos casos en que la ley procesal no reglamenta de manera específica la forma en que debe desarrollarse la actividad procesal (ausencia de formas procesales), esta debe ceñirse a las reglas generales que para la misma establece el ordenamiento procesal, debiendo

(2001), pp. 6-9, existe un sistema de regulación judicial y convencional de las formas, el cual parte del principio de la legalidad, pero atenuado por el principio de elasticidad o flexibilidad de las formas. Dentro de este sistema se distingue si las formas procesales tienen una regulación judicial o convencional dependiendo de si el juez tiene facultades para fijar ciertas formas o trámites del proceso o si las partes tienen relativa libertad, en algunos casos establecidos, para acordar ciertas formas procesales o prescindir de la intervención procesal. Otra clasificación del sistema intermedio lo constituye el sistema basado en la finalidad de las formas, el cual se rige por el principio de instrumentalidad, es decir, aquel en virtud del cual los actos procesales son válidos en tanto se hayan realizado de cualquier modo apropiado para la obtención de su finalidad. Respecto a los poderes del juez en un sistema informado por la oralidad véanse los trabajos de Palomo (2010a), pp. 369-380; Palomo (2010b), pp. 327-354 y Palomo (2010c), pp. 355-368.

tanto las partes como el juez tener en consideración que dicha actividad puede desarrollarse de cualquier modo con tal que sea acorde con los principios que informan cada procedimiento. En palabras similares, debe aplicarse el principio de instrumentalidad de la forma o finalidad de los actos procesales, que quiere decir que, si el acto procesal cumplió su objeto, entonces, no es necesario analizar la forma en que se exteriorizó, siempre que este no produzca indefensión a la parte contraria y que su desarrollo se justifique de acuerdo con los principios procesales reconocidos por el ordenamiento jurídico[17].

De esta manera, sostenemos que la clave para desarrollar un acto procesal está en la unidad que debe existir entre las formas procesales y los principios informativos del procedimiento. En efecto, como sostiene Ángel Bonet Navarro,

> "Las formas no son más que exteriorización de unos principios vigentes en el proceso. Cuando los principios cambian, las formas deben desaparecer y ser sustituidas por otras que expresen congruentemente los nuevos principios. Una persistencia de formas que no responden a principios actualmente vigentes hace que el proceso se cubra de un formalismo vacío e insostenible"[18].

Similar posición es la que manifiesta Gregorio Serrano Hoyo al sostener, en síntesis nuestra, que cuando sean equiparables normas con derechos y garantías

[17] La propuesta no es desconocida. En efecto, por ejemplo, en la legislación italiana, para comprender el funcionamiento del sistema anulatorio, es necesario relacionar los artículos 156 con el 121 del *CPCI* de 1940. La segunda norma indica que los actos del proceso para los cuales la ley no exige una forma determinada, pueden ser realizados de la manera más idónea para el cumplimiento del fin (artículo 121 del *CPCI*. Libertà di forme: Gli atti del processo, per i quali la legge non richiede forme determinate, possono essere compiuti nella forma più idónea al raggiungimento del loro scopo). En virtud de esta disposición, se reconoce la funcionalidad del acto procesal, subordinando la forma a la función que cumple y estableciendo una notable desformalización del acto procesal. En el sentido que exponemos lo explican, entre otros, Furno (1951), p. 422; Marelli (2000), p. 21. Según Liebman (1980), p. 197, al explicar el artículo 156 del *CPCI* de 1940 señal: "nuestra ley, innovando profundamente, ha puesto como directiva de la disciplina de la nulidad el principio de *instrumentalidad de las formas,* que subordina la invalidez de un acto procesal, no a la simple inobservancia de la forma, mecánicamente apreciada, sino a la relación –comprobada caso por caso– entre el vicio y el fin del acto y sanciona la nulidad solamente cuando el acto, como consecuencia del vicio, no haya podido conseguir su fin". En este sentido Mandrioli (2000), tomo i, p. 256 y ss.; Picardi (2006), p. 241 y ss.; Conso (1965), pp. 110-149; Fazzalari, (1996), p. 435 ss.; Micheli (1970), tomo i, p. 319 y ss.; Satta (1971), tomo iii, p. 236 y ss.; Morón (1957), pp. 39-40; Andrés (2005), p. 153; Alsina (1963), tomo i, p. 632 y ss.

[18] Bonet (1981), p. 199.

procesales para la efectividad de un debido proceso, se estará en condiciones de afirmar que los requisitos de ese acto procesal son de orden público[19].

Nuestra opinión de alguna manera se refleja en las múltiples normas de procedimiento que han sido objeto de reformas legislativas durante los últimos años. Así, por ejemplo, y sin ánimo de agotar el tema, para ciertos actos procesales regulados en materia procesal penal, el C*ódigo* del ramo establece que pueden realizarse de la forma más idónea posible (artículos 9, 21, 29, 31, 41, etc. del *CPP*). En el nuevo procedimiento de familia también se contemplan disposiciones que tienden a desformalizar los procedimientos (artículo 9, 23 inciso 2º de la Ley n.º 19968). También creemos que la acción de protección constituye un procedimiento desformalizado (artículo 20 de la CPR y autoacordado de la Corte Suprema sobre tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales) no obstante, reconocemos que, en ciertas ocasiones, la jurisprudencia, no se le ha dado ese tratamiento.

En consecuencia, más allá de la discusión consistente en aplicar el principio de libertad de formas procesales o el principio de legalidad, consideramos que lo importante para el derecho procesal es que las formas que rigen la actividad procesal constituyen un medio para proteger los derechos y garantías de las partes y otorgar seguridad jurídica. En este sentido, las formas deben explicarse e interpretarse en relación con la finalidad asignada a las mismas, es decir, debe existir una subordinación de los caracteres formales a las necesidades funcionales del procedimiento[20]. En este sentido también lo explica Gonzalo Cortez al expresar: "el formalismo que deja de cumplir una misión carece de sentido y no puede imponerse la forma a la finalidad del acto"[21].

Para lograr este objetivo, el ordenamiento jurídico manifiesta una mayor preocupación por regular ciertos actos procesales que son relevantes, dispo niendo determinadas formas dentro de las cuales deben desarrollarse y, en los demás actos –de menor importancia– tiende a una elasticidad o desformalización para que, con el transcurso del tiempo y la modernidad, puedan adaptarse de la mejor manera posible a las exigencias del procedimiento, teniendo en cuenta la instrumentalidad de las formas. En la eventualidad que en el desarrollo de la actividad procesal se infrinja la forma establecida por ley, si el acto no logra cumplir su finalidad, entonces deberá imponerse la sanción que corresponda.

[19] Serrano (1992), p. 125.
[20] Calamandrei (1996), tomo I, p. 383 y ss.
[21] Cortez (2018), p. 81.

IV. ¿Son útiles las formas procesales o estas responden a una reminiscencia histórica motivada por cuestiones sociales y políticas de ciertas épocas?

La necesidad de las formas procesales es un tema que la doctrina discute. Conviene, entonces, abordar de forma breve el tema y señalar cual puede ser la utilidad que existan formas procesales.

Giuseppe Chiovenda explica:

> "Por parte de profanos, se profieren censuras y quejas innumerables en contra de las formas procesales, fundándose en que las formas ocasionan largas e inútiles cuestiones, y en que, a menudo, la inobservancia de una forma puede producir la pérdida del derecho y dan en imaginar con arrobo sistemas procesales sencillos y exentos de todo formalismo. Sin embargo la experiencia ha demostrado que las formas son necesarias en el juicio como en toda relación jurídica, y que con mayor razón; su falta produce desorden, confusión e incertidumbre"[22].

Enrico Liebman sostiene que al preestablecer los modelos abstractos de algunos actos procesales típicos, la ley ha dispuesto también, siempre por aquel propósito de precisión y de seguridad antes señalado, que los mismos deban contener determinadas indicaciones o referencias consideradas útiles o necesarias, cuestión que tiene relación con el contenido del acto y que también constituyen requisitos de forma en sentido amplio[23].

Afirmamos que son diversas las razones para sostener la necesidad que existan las formas procesales, a saber:

1. Garantiza el respeto de los principios que informan cada procedimiento y otorgan certeza tanto a las partes como al tribunal

Las formas de los actos procesales evitan que las partes sean sorprendidas durante el proceso, imponiendo la existencia de una actitud leal entre las mismas, resguardando el respeto al principio de contradicción; a que las partes posean

[22] Chiovenda (1954), tomo iii, p. 116. En este mismo sentido opina Liebman (1980), p. 169, al señalar: "Las formas procesales responden a una necesidad de orden, de certeza, de eficiencia, y su escrupulosa observancia representa una garantía de regular y leal desarrollo del proceso y de respeto de los derechos de las partes".

[23] Liebman (1980), pp. 168-169.

iguales posibilidades para ejercer sus derechos y defensas dentro del proceso[24]. La infracción de tales derechos y garantías procesales generará las sanciones que la ley establece para cada caso en concreto, otorgando seguridad a los litigantes[25].

En efecto, el emplazamiento del demandado debe cumplir una serie de formalidades porque de lo contrario se puede infringir el principio de contradicción y el derecho a defensa jurídica; en primera instancia, se robustecen la comunicación de ciertas resoluciones judiciales para proteger las garantías de las partes como el derecho a la prueba y el derecho al recurso al exigir que la resolución que recibe la causa a prueba y la sentencia definitiva se notifiquen por cédula; en el ámbito de la prueba documental existen formas que deben cumplirse para acompañar un documento a la carpeta electrónica, debiendo utilizarse ciertos apercibimientos legales como tenerlos por acompañado con citación o de acuerdo con lo establecido en el artículo 346, precisamente para permitir que las partes dispongan de un plazo para objetarlos y hacer efectivo el principio de contradicción material; para que tenga lugar una absolución de posiciones se deben cumplir una serie de requisitos para que se garantice la comparecencia del confesante (solicitud de la prueba, que el tribunal la conceda, notificación de la parte, realización de la audiencia con ciertas formalidades).

El *Código de Procedimiento Civil* regula principalmente la forma en que debe desarrollarse la actividad procesal. En efecto, desde que el actor presenta su demanda hasta la dictación de la sentencia se debe cumplir una serie de formalidades que tienen por finalidad reguardar los derechos y garantías procesales de las partes. De esta manera, el ordenamiento manifiesta su preocupación por regular los requisitos de la demanda (artículo 254 del *CPC*) y de la contestación (artículo 309 del *CPC*), la inobservancia de ciertas formalidades en la configuración de la relación procesal hace procedente la interposición de excepciones procesales (artículos 303 y 464 del *CPC*) o de algún incidente que tenga por objetivo reclamar la falta de emplazamiento del demandado (artículo 80 del *CPC*); posteriormente, la etapa de prueba se rige por ciertas

[24] En este sentido la jurisprudencia ha afirmado: "[…] las formalidades que establece la ley de la actuación en general, obedecen al propósito de resguardar los derechos de las partes, a fin de que dentro del proceso dispongan de medios eficaces para hacer valer sus derechos […]". En este sentido Corte Suprema, 25 de octubre de 1963, *RDJ*, tomo LX, sec. 1ª, p. 316; Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de junio de 1997, *RDJ*, tomo XCIV, sec. 2ª, p. 71 (considerando 3.°).

[25] Al respecto Bonet (1981), p. 206 sostiene:: "Y es que el litigante desde que decide dirigirse a un tribunal jurisdiccional debe saber cuáles van a ser todos los pasos y tiempos que será necesario cubrir para que su acción o excepción sea recibida a examen en la sentencia". En nuestra doctrina Oberg (2001), p. 199, afirma que las formas: "[…] facilitan el proceso y le permiten al juez acceder a la verdad con mayor garantía. Asimismo, la preexistencia de las formas procesales avala una defensa igualitaria, ya que se conocen al iniciarse el proceso […]".

formalidades en la presentación de las pruebas que servirán para acreditar los hechos que constituyen la pretensión y aquellos que componen la reacción del demandado y, finalmente, en la sentencia se aprecia una serie de formalidades que el órgano jurisdiccional debe cumplir con el objetivo que la decisión se adecúe al objeto del proceso (artículos 160 y 170 del *CPC*).

Por otra parte, la observancia de las formas legales es exigible tanto a las partes como al juez. Las partes podrán denunciar aquellos desajustes acontecidos durante el desarrollo de la actividad procesal a través de los mecanismos procesales pertinentes que establece el ordenamiento jurídico. Así, resulta de gran importancia para la validez de la relación procesal que exista un debido emplazamiento de acuerdo con las formas que rigen el sistema de comunicación de las resoluciones judiciales; las excepciones procesales o dilatorias poseen una enorme relevancia al tratar de corregir la falta de formalidades de la relación procesal protegiendo diversos derechos y garantías de las partes como la adecuación del procedimiento y defectos en la capacidad procesal, la representación y, en general, en la observancia de los presupuestos procesales y en la denuncia de óbices procesales que impiden que se dicte una resolución sobre el fondo del asunto (observancia de los presupuestos procesales).

Desde la perspectiva del juez, este tiene la labor de velar por el cumplimiento de las formas de los actos procesales de parte, asumiendo un papel de vigilancia, en forma anticipada, pudiendo no admitir a trámite un acto procesal de parte de un tercero técnico por incumplimiento de las formalidades legales. En caso que la voluntad del juez, que se manifiesta en las diversas resoluciones judiciales que pronuncia durante el transcurso de procedimiento, no se adecue a la forma procesal, las partes dispondrán de los medios de impugnación para revertir esa situación siempre que exista un agravio que remediar.

El cumplimiento de las formas procesales también se encarga a los jueces de apelación y de casación, como también a ciertos auxiliares de la administración de justicia. En el caso de los primeros, deben supervigilar el cumplimiento de las formalidades exigidas para el pronunciamiento de las resoluciones judiciales y la observancia de aquellos trámites que el ordenamiento jurídico reconoce como esenciales para la validez del proceso (artículos 84 inciso 4.°, 775 del *CPC*), los que tienen relación con el inicio de la relación procesal, con el desenvolvimiento del proceso y con el pronunciamiento de la sentencia definitiva[26]. En el caso de los segundos, por ejemplo, los relatores tienen encomendada una especial función cuando la ley les impone el deber de poner en conocimiento de las partes las personas que integran el tribunal (artículo

[26] Esto es lo que Bonet (1981), pp. 187-192, designa como una función morfofiláctica encomendada tanto a los órganos jurisdiccionales como a las partes del proceso. También Calamandrei (1945), tomo ii, p. 261 y ss.

372 n.° 2 del COT) y de dar cuenta a la Corte de todo vicio u omisión substancial que notaren en los procesos; de los abusos que pudieren dar mérito a que la Corte ejerza sus atribuciones disciplinarias (artículo. 373 del COT).

En definitiva, la regulación de los actos del procedimiento, de las formalidades que estos deben cumplir, imprime seguridad jurídica tanto a las partes como al juez, toda vez que el interesado conocerá la manera en que deben exteriorizarse los actos de los diversos intervinientes en el proceso y el juez sabrá que, de incumplir estas formas, sus resoluciones pueden causar un perjuicio o agravio a las partes, en cuyo caso las partes interpondrán los mecanismos de impugnación pertinentes. Además, las formas procesales impuestas al órgano jurisdiccional impiden que la decisión que adopte sea influenciada por otros poderes, asegurando que esta será adoptada de manera independiente e imparcial y en la forma que la ley señale[27].

2. Las formas contribuyen a agilizar y simplificar el proceso

Las formas están establecidas para dar efectividad al proceso, por tanto, deben ser interpretadas de manera que el proceso pueda lograr su fin. El cumplimiento de las formas no solo genera seguridad jurídica tanto a las partes como al juez, sino que, también, permite que las partes desarrollen la actividad procesal en un plano de igualdad. Además, el cumplimiento de las formas procesales permite que el proceso se desarrolle de manera correcta y que la respuesta jurisdiccional sea entregada en un plazo razonable. El problema que se genera tiene relación con la supervivencia de ciertas formas judiciales que ya no responden a finalidades asignadas en ciertas épocas.

En palabras de Héctor Oberg Yáñez:

> "[…] cuando se establece una formalidad atendiendo a los imperativos de un momento histórico determinado, es evidente que ella cumple un rol; pero, posteriormente no sirve, porque el tiempo ha transcurrido y surgen otras necesidades. Tal formalidad, por ende, ha caducado, pierde su eficacia y valor, porque ya no responde a las realidades sociales, económicas y tecnológicas del momento en que se demanda su aplicación"[28].

[27] En este sentido *cfr.* Calamandrei (1973), vol. I, p. 322; Martín de la Leona (1996), p. 80; Liebman (1980), pp. 168-169; Arellano (2005), p. 75; Rubio de Orellana (1996), vol. I, pp. 194-195; Pallares, (1991), p. 578; Bonet (1981), p. 196.

[28] Oberg (2001), p. 200. Por eso Chiovenda (1949), tomo II, p. 146, afirma: "Producto confuso de todas estas causas concurrentes, algunas oscuras y lejanas, las formas judiciales, en el momento en que se presentan al legislador, corren recíprocamente el peligro de supervivir injustamente o de injustamente perecer. Por lo general, los inconvenientes que conducen a las inno-

Las formas judiciales deben ser rigurosas para que otorguen seguridad jurídica; cuando son vagas, injustificadas y no responden a una finalidad establecida, entonces se transforman en formalismos que dificultan el avance del procedimiento haciéndolo lento, engorroso, objeto de dilaciones y, a veces, denegándose justicia a quien debe otorgársele.

Cabe recordar que el sistema romano se caracterizaba por su exagerada formalidad y por los escasos poderes que detentaba el juez. La demanda debe ser conforme a la ley, pues, el sistema de las *legis actionis* se caracterizaba porque se debía citar la ley (fórmula), en caso de no cumplirse las fórmulas sacramentales, la demanda no se ajusta a la ley, por lo que debe ser rechazada[29]. En este sentido José Luis Murga Gener afirma:

> "Gayo, al hablarnos de este problema histórico, nos dice que las acciones de la ley llegaron a ser odiosas por el exceso de sutilezas y formalismos que ponían incluso a los litigantes en grave peligro ya que el menor error en las palabras llevaba consigo inexorablemente la pérdida de la causa litigiosa. *Istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt, namque ex nimia subtilitate veterum, qui tunc iura condiderunt, eo res perducta est, ut vel qui mínimum errasset, litem perderet*"[30].

Según explica la doctrina, el sistema romano consideraba nulos todos los actos que no se ajustaban a las formalidades consagradas en las reglas procesales aplicándose el principio de *quidquid contra legem nullum est*[31]. En este sentido, José Márquez Caballero indica:

> "Este criterio legalista, imperó en los tres sistemas *legis actiones, per formulas y extraordinaria cognitio*, y no fue exclusivo de Roma, sino que se propagó a la vida jurídica de los germanos, que no solo se sintieron influidos por esa tendencia, sino que llegaron a acentuarla; y así se dice, como prueba de esto, que el hecho de pronunciar la Sentencia sentado y no en pie, producía nulidad"[32].

Para evitar que las formas procesales se transformen o degeneren en formalismos es necesario que la interpretación de las formalidades y requisitos que rodean los actos procesales que emanan tanto del órgano jurisdiccional como de

vaciones, son causados por las formas residuales, las cuales sobreviviendo en los códigos a las condiciones de tiempo y de lugares que las originan pesan sobre la práctica con el obstáculo de su presencia". En este mismo sentido Calamandrei (1996), p. 322.

[29] Sobre el excesivo rigor formalista en Roma *cfr.* Chiovenda (1949), tomo ii, p. 132.

[30] Murga (1983), p. 164. También Gayo (1997), p. 658 y ss.

[31] Sobre la aplicación de este principio Urrutia (1928), p. 88.

[32] Márquez (1945), p. 18. También *cfr.* Payá (1984), p. 27 y ss.

las partes debe hacerse desde un punto de vista instrumental[33], es decir, que tenga por objetivo hacer una eficiente administración de justicia para que, dentro de un tiempo razonable, se resuelva la controversia jurídica y se permita el cumplimiento de lo resuelto por el órgano que ejerce jurisdicción[34]. Por eso las formas tienen un carácter funcionalista en el proceso, ya que ellas deben estar subordinadas a las necesidades funcionales del procedimiento y en caso que se pierda este fin constituye una óptica errónea y causante de perturbaciones y corruptelas[35].

Concordamos con Giuseppe Chiovenda, quien afirma que las formas procesales son necesarias[36], sin embargo, también estamos de acuerdo con aquellos que aseveran que ciertas formas degeneran en formalismos perdiendo el objetivo de las mismas, convirtiéndose en rituales que destruyen el derecho. Para evitar esto no debe olvidarse lo que afirman Manuel Ortells Ramos y José Martín Pastor, en cuanto que: "[...] la forma no se justifica por sí misma, sino por la función que cumple"[37].

Debemos reconocer que los *Códigos de Procedimiento* más modernos han tratado de proscribir las excesivas[38] formalidades procesales que en un pasado constituyeron ritualidades[39] cuya infracción podían ocasionar la nulidad de un acto procesal o, incluso, de todo el juicio[40]. No olvidemos que la nor-

[33] En este sentido, entre otros, Cabral (2010), p. 175 y ss.; Gonçalves (2007), pp. 35-58; Ortells y Martín (2011), p. 384.

[34] En este sentido *cfr.* Martín de la Leona (1996), p. 81; Arellano (2005), p. 75; Bonet (1981), p. 207.

[35] Calamandrei (1996), p. 383; Bonet (1981), p. 212.

[36] Chiovenda (1949), tomo ii, p. 123 y ss.

[37] Ortells y Martín (2011), p. 384.

[38] Véanse ejemplos de ritualismos excesivos en Calamandrei (1945), tomo i, p. 182 y ss.

[39] Así sucedió en el antiguo proceso romano. Al respecto, Chiovenda (1949), tomo ii, pp. 130-131, explica: "Es sabido que la omisión no solo de una palabra sino de una sílaba en las formas, y más el empleo de una palabra por otra; un movimiento involuntario; un levantar la mano a más altura que la prescrita e inobservancias semejantes representaban en aquellos procesos primitivos la nulidad de los actos y la pérdida irreparable de la causa. Todo acto, toda solemnidad del acto es imprescindible: de donde la ausencia de una parte, haciendo imposible el cumplimiento de aquellas formalidades que exigían la intervención de ambos litigantes, determinaba que no pudiese tener lugar propiamente el juicio".

[40] Pero también reconocemos, aunque creemos en forma aislada, que las formas procesales incluso han tenido acogida constitucional. En efecto, según explica Arellano (2005), pp. 74-75, es el caso del artículo 14 de la Constitución Federal de México que consigna como una garantía de los derechos que debe amparar, el cumplimiento de las formalidades esenciales del procedimiento. El respeto a las formalidades procesales está, pues, impuesto constitucionalmente. Señala dicho precepto: "Las formas del procedimiento no pueden alterarse, modificarse o renunciarse por los interesados. La ley de amparo establece que será procedente este juicio contra las sentencias definitivas en los juicios civiles o penales por violaciones a las leyes del procedi-

mativa procesal vigente durante la colonia y anterior a la entrada en vigencia del *Código de Procedimiento Civil* establecían una cantidad de formalismos que, en la actualidad, no tendrían sentido ni un fin específico para subsistir. Reconocemos que la actual legislación procesal ha derogado diversas normas que establecían formalidades sin sentido, sin embargo, todavía quedan presentes en nuestra legislación ciertas reminiscencias del derecho procesal histórico que deben ser enmendadas en futuras reformas legislativas.

3. *La forma es la imprescindible garantía contra las corruptelas del órgano y los abusos del poder dispositivo de las partes, por tanto, refrenda el principio de legalidad*[41]

En el procedimiento civil las partes fijan el objeto del proceso y les está vedado ampliar la causa de pedir de sus alegaciones produciéndose una simplificación y cristalización de los hechos. Simplificación, porque no todos los hechos se exponen al juez, sino los que son relevantes jurídicamente; y cristalización, porque esos hechos deben considerarse durante todo el juicio sin que se puedan alterarse salvo excepciones legales.

Para garantizar que los hechos no puedan alterarse, la ley permite que la demanda incoada pueda ser modificada con total libertad en momentos iniciales del procedimiento, tanto así que antes de su notificación al demandado el demandante puede retirarla (artículo 148 del *CPC*). Incluso, se puede modificar una vez que fue notificada, pero hasta antes que el demandado la conteste y, en ese caso, la ley indica que se considerará como una nueva demanda para efectos de su notificación, otorgando un nuevo término de emplazamiento para resguardar el derecho de defensa (artículo 261 del *CPC*). Luego, en etapas más avanzadas del procedimiento ya no es posible modificar la demanda. Por eso la ley indica que en los trámites de réplica y dúplica pueden modificarse las acciones y excepciones, pero sin que se alteren las que sean objeto principal del pleito (artículo 312 del *CPC*).

Cuestión similar ocurre en materia de impugnación de sentencias, pues no corresponde que el recurrente modifique la causa de pedir de su pretensión y si lo hace dicho recurso no puede ser acogido por el tribunal que le corresponda resolverlo. Y si el tribunal yerra en el pronunciamiento de la sentencia incluso se permite que esta sea anulada a través de los medios de impugnación pertinentes, pues la sentencia debe ser un reflejo de lo que las partes discutieron durante el *iter* procedimental. Esas formalidades impiden que tanto el

miento cometidas durante el curso de un juicio cuando se hayan afectado las partes substanciales de él y de manera que su infracción haya dejado sin defensa al quejoso".

[41] Martín (1998), p. 194.

recurrente como el tribunal puedan alterar el objeto del proceso y permiten verificar ciertas máximas que solo tienen por finalidad la correcta decisión de la controversia. Por eso la competencia de un tribunal de alzada está establecida por lo que las partes le piden (*tantum apellatum quantum devolutum*)[42] y la sentencia debe ser congruente con lo que pidió tanto el actor como el demandado (artículo 160 del *CPC*). Si no existieran estos límites, las partes podrían intentar modificar sus alegaciones, alterar el objeto del proceso, anunciar nuevas causas que justifiquen sus acciones o excepciones, todo lo cual constituiría un abuso del poder dispositivo.

En consecuencia, esos hechos simplificados y organizados por las formas procesales son los que constituyen el objeto del proceso y sobre los cuales el juez debe decidir la contienda que se le sometió a su decisión, no pudiendo tener en cuenta lo que no se ha dicho ni probado en juicio (*quod non est in actis non est in mundo*) y la sentencia solo versará sobre lo alegado y probado conforme a derecho (artículo 160 del *CPC*)[43].

V. La forma y los formalismos: La interpretación de las formas procesales

Los conceptos de forma y formalismos son distintos. En efecto, según explica Ángel Bonet: "el formalismo es una profesión intelectual y volitiva en la exquisitez de las formas". Luego agrega:

> "Con un sentido pragmático el formalismo dice: 'primero la forma, después la forma: la forma en todo, nada fuera de la forma'. El aherrojamiento que preconiza este formalismo hace intuir instancias de injusticia, necesidad de conformar la justicia del derecho positivo, dominio de lo aparente frente a lo real"[44].

A lo largo de este trabajo hemos defendido que las formas procesales son útiles para el derecho procesal y que las normas jurídicas deben interpretarse de acuerdo con su genuino sentido, analizando la finalidad que cumple la norma dentro del ordenamiento jurídico, es decir, desde una perspectiva instrumental. Una interpretación de las normas procesales alejada de los principios informativos de cada procedimiento, sin que el tribunal considere la finalidad que debe cumplir, significará que el intérprete llegará a un resultado errado, absurdo, injustificable, donde la ley se aplicará porque es la ley,

[42] Sobre el tema en nuestro sistema de impugnación véase Cortez (2019), p. 115.
[43] Bonet (1981), pp. 207-208.
[44] *Op. cit.*, p. 213.

sin profundizar sobre las razones o motivos que dieron origen a la norma y como esos motivos pueden variar a lo largo del tiempo.

Aunque las formas procesales constituyen, en principio, un mecanismo de defensa, se debe reconocer que el formalismo exagerado puede constituir una denegación de justicia, ya que por obsequio o apego a las formas judiciales se puede terminar asfixiando el objeto de todo procedimiento, que es obtener la declaración del derecho mediante sentencias justas.

En nuestro medio predomina todavía una interpretación estricta de las formas procesales, esto es, algunos jueces son muy formalistas en la aplicación e interpretación de las normas procesales, realidad sociológica que nos debe llevar a adoptar las medidas necesarias para no cometer errores formales que signifiquen un menoscabo en los derechos de los litigantes.

VI. Análisis de la forma de los actos procesales en la jurisprudencia. Algunas hipótesis relevantes

Constituyen ejemplos de formalismos cuya observancia puede significar la pérdida de un derecho procesal los siguientes:

a) La falta de patrocinio de abogado puede determinar la inadmisibilidad del recurso de casación en la forma y en el fondo (artículo 772 del *CPC*);
b) El error en la individualización de los testigos puede significar que se impida su declaración en juicio (artículo 320 del *CPC*);
c) La no certificación de un determinado hecho puede significar que en un juicio posterior se desconozca el mérito ejecutivo de una resolución judicial;
d) Un caso paradigmático, resulta ser el actual artículo 690 del *CPC*, relativo al procedimiento sumario, que traslada el fallo de las excepciones procesales a la sentencia definitiva, cuando esta tiene por objetivo resolver las cuestiones de mérito y no las relativas a presupuestos procesales, gravando a los litigantes y al tribunal con gastos de dinero y de tiempo, contrarios a la economía procesal y a la funcionalidad de un proceso breve.
e) La interpretación que han realizado los tribunales respecto a la improcedencia de la reconvención en el procedimiento sumario solo porque la ley no se refiere a esa actitud en tal procedimiento es contraria a la economía procesal, especialmente considerando que en otros procedimientos sumarios como el de arrendamiento de predios urbanos la ley permite que el demandado interponga una acción a través de la reconvención;

f) En el ámbito de las gestiones preparatorias de la vía ejecutiva, en particular la confesión de deuda (artículos 435 y 436 del *CPC*), los tribunales han utilizado la inadmisibilidad *in límine* para impedir la sustanciación de las mismas, fundado en que la pretensión del actor debe resolverse a través de un juicio declarativo de derechos, debiendo aplicarse un procedimiento declarativo de lato conocimiento y no la gestión preparatoria de la vía ejecutiva de que se trata.

A través de esta breve fundamentación, innumerables gestiones preparatorias de la vía ejecutiva de confesión de deuda son declaradas inadmisibles[45]. En este sentido, los tribunales superiores de justicia han tenido un papel esencial porque han revocado diversas resoluciones judiciales que inadmiten este tipo de gestiones[46].

[45] Es muy común encontrar resoluciones de primera instancia del siguiente tenor: "teniendo presente que la gestión que precede, por su naturaleza debe decir relación con una deuda pura y simple, y no con cuestiones que se deriven del cumplimiento o incumplimiento de obligaciones derivadas de un contrato [...] no ha lugar a acoger a tramitación la gestión de autos, debiendo ocurrirse por la vía que corresponda". (12.° Juzgado Civil de Santiago, rol 2183-2014, confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 19 de marzo de 2014 y dejado sin efecto por la Corte Suprema el 15 de octubre de 2014). También los tribunales han dictado este tipo de resolución: "Que conforme al mérito de autos y de los antecedentes y alegaciones que se promueven en esta causa se advierte que la pretensión del actor corresponde a un juicio declarativo de derechos, propio de un procedimiento de lato conocimiento que no puede ser resuelto a través de una gestión como la que se intenta y no dándose los presupuestos fundantes de la acción, que se ha deducido y conforme a lo dispuesto en el artículo 435 del Código de Procedimiento Civil, no ha lugar a someter a conocimiento esta causa bajo el procedimiento que se ha solicitado, sin perjuicio de otros derechos que puedan asistir al compareciente en relación con su pretensión [...]" (17.° Juzgado Civil de Santiago, 9 de marzo de 2016, rol 5272-2014, revocada por la Corte de Apelaciones de Santiago de 26 de julio de 2016).

[46] A este respecto son innumerables las sentencias dictadas por tribunales superiores de justicia que revocan la inadmisibilidad de la gestión preparatoria de la vía ejecutiva de confesión de deuda. A saber, entre otras: Corte Suprema, 15 de octubre de 2014, rol 21392-2014; Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de julio de 2016, rol 7091-2016; Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de agosto de 2016, rol 7783- 2016; Corte de Apelaciones de Santiago, 19 de mayo de 2016, rol 4235-2016; Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de mayo de 2016, rol 4535-2016; Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de agosto de 2016, rol 7257-2016; Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de agosto de 2016, rol 7483-2016; Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de agosto de 2016, rol 6298-2016; Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de junio de 2016, rol 5721-2016; Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de julio de 2016, rol 6076-2016; Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de mayo de 2016, rol 4821-2016; Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de julio de 2016, rol 7026-2016; Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de mayo de 2016, rol 4799-2016; Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de junio de 2016, rol 5459-2016; Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de marzo de 2016, rol 602-2016; Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de septiembre de 2016, rol 9657-2016; Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de octubre de 2015, rol 9064-2015; Corte de Apelaciones de La

Habrá que estudiar la jurisprudencia que existirá sobre las gestiones preparatorias de reconocimiento de firma y confesión de deuda a partir de la modificación introducida por la Ley n.º 21394 al artículo 435 del *Código de Procedimiento Civil*, pues ahora esa norma exige para que se admita la gestión que la obligación conste en un antecedente escrito.

g) Otras hipótesis en que se verifica una interpretación formalista de ciertas normas es a propósito de los recursos de casación en el fondo y en la forma. En efecto, una cantidad innumerable de dichos recursos han sido declarados inadmisibles por diversas irregularidades formales en su interposición. Así, por ejemplo, se han declarado inadmisibles recursos de casación en el fondo por no contener un petitorio que indique que la Corte debe dictar sentencia de reemplazo y el contenido de esta[47]; por no haber sido patrocinados por abogado[48], por haberse indicado en la suma del escrito que el abogado patrocina el recurso, pero no haberse desarrollado el patrocinio en el cuerpo del escrito[49]; por haberse indicado en lenguaje singular que se patrocina el recurso, cuando los recursos interpuestos eran tanto de forma como de fondo[50]; por contener el recurso planteamientos subsidiarios que atentan contra la naturaleza de derecho estricto del mismo[51]. También se han declarado inadmisibles los recursos de casación en la forma y en el fondo que se han interpuesto uno en subsidio del otro y no de forma conjunta[52].

Consideramos que la Corte al declarar inadmisible un recurso de esta naturaleza, fundado en las razones que se han expuesto, in-

Serena, 25 de mayo de 2016, rol 696-2016; Corte de Apelaciones de Chillán, 5 de junio de 2014, rol 157-2014; Corte de Apelaciones de San Miguel, 1 de julio de 2013, rol 735-2013;

[47] Corte Suprema, 31 de julio de 2006, rol 1832-2006.

[48] Corte Suprema, 11 de marzo de 1997, rol 183-1996; Corte Suprema, 14 de febrero de 2001, rol 265-2001; Corte Suprema, 9 de marzo de 2006, rol 3278-2005; Corte Suprema, 13 de abril de 2004, rol 489-2004; Corte Suprema, 15 de septiembre de 2004, rol 2286-2004; Corte Suprema, 20 de octubre de 2004, rol 3181-2004; Corte Suprema, 3 de septiembre de 2007, rol 3675-2007; Corte Suprema, 16 de abril de 2001, rol 56-2001.

[49] Corte Suprema, 11 de diciembre de 2006, rol 6257-2006.

[50] Corte Suprema, 22 de abril de 2003, rol 855-2003.

[51] Corte Suprema, 24 de enero de 2006, rol 4521-2005; Corte Suprema, 25 de junio de 2007, rol 1468-2005; Corte Suprema, 26 de marzo de 2007, rol 5698-2006; Corte Suprema, 23 de noviembre de 2001, rol 286- 2000; Corte Suprema, 25 de julio de 2007, rol 1468-2005; Corte Suprema, 4 de diciembre de 2002, rol 366-2002; Corte Suprema, 26 de septiembre de 2001, rol 3506-2001; Corte Suprema, 20 de noviembre de 2001, rol 4285-2001; Corte Suprema, 14 de agosto de 2006, rol 5390-2005.

[52] Corte Suprema, 30 de noviembre de 2006, rol 5912-2004; Corte Suprema, 20 de junio de 2007, rol 3130-2006; Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de marzo de 2009, rol 3587-2008; Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de septiembre de 2009, rol 5052-2008.

terpreta con un evidente rigor formalista las normas jurídicas que regulan ciertos requisitos formales y, en otros casos, excede de sus facultades al crear verdaderas causales de inadmisibilidad que no están reconocidas en la ley. Esto es preocupante, porque un excesivo rigor formal en la interpretación de una norma como las que regulan este tipo de recursos, constituye la conculcación del derecho de acceso a la justicia y del derecho a recurso, más aún si se trata de simples errores o deficiencias formales las cuales en principio podrían ser subsanadas.

h) Cabe hacer presente que el excesivo rigor formal también se ha manifestado en el ámbito del proceso penal[53] y laboral, a propósito del recurso de nulidad y el de unificación de jurisprudencia, respectivamente. En cuanto al recurso de nulidad en materia penal, este se ha declarado inadmisible, entre otros casos, por no haberse expresado con claridad que se invalide la sentencia y el juicio oral o solo este último; o que habiéndose solicitado la nulidad del juicio oral y la sentencia, solo debió solicitarse la nulidad de la sentencia y que se dicte sentencia de reemplazo, por no indicar su contenido, que se realicen peticiones genéricas o alternativas; si se omite señalar que las causales de nulidad se impetran de forma conjunta o subsidiaria; la no agregación material de copias de sentencias, etcétera[54].

Para ser justos, también hay casos en que los tribunales de justicia, en nuestra opinión, han interpretado de manera correcta las formas procesales.

En efecto, debemos reconocer que, en materia de nulidad procesal, una atenuación a la interpretación formalista proviene de la exigencia que el acto irregular genere un perjuicio procesal (denominado por algunos como principio de trascendencia), erradicando paulatinamente del ordenamiento jurídico la declaración de nulidad sin perjuicio (artículos 83 y 768 del *CPC*). Esto ha sido reconocido categóricamente por la jurisprudencia, incluso, en sentencias anteriores a la vigencia de la Ley n.º 18705 que introdujo en el incidente ordinario de nulidad la necesidad que el vicio irrogue un perjuicio solo declarable con la declaración de nulidad, a saber: se ha negado la petición de nulidad basada en no haberse asignado el número de orden al expediente[55]; en haberse

[53] Estos problemas son denunciados por la doctrina, a saber, puede consultarse, entre otros, la obra completa de Horvitz (2015); Cortez (2004), pp. 105-139; Del Río (2014).

[54] Entre otras: Corte Suprema, 24 de junio de 2014, rol 11651-2014; Corte Suprema, 29 de marzo de 2005, rol 636-2005; Corte Suprema, 25 de marzo de 2004, rol 1296-2004; Corte Suprema, 22 de julio de 2010, rol 3750-2010; Corte Suprema, 12 de octubre de 2004, rol 5065-2004; Corte Suprema, 17 de mayo de 2005, rol 1588-2005; Corte de Apelaciones de Concepción, 20 de noviembre de 2009, rol 507-2009.

[55] Corte de Apelaciones de Valdivia, 8 de enero de 1924, *RDJ*, tomo xxiv, sec. 2ª, p. 10 y ss.

efectuada una subasta judicial minutos después de la hora fijada por el juez[56]; en omitirse la firma del juez en el mandamiento de ejecución y embargo en que el ejecutado no opuso excepciones[57]; en practicarse una notificación personal en un lugar distinto del señalado en la demanda[58]; en haberse tramitado un proceso según las reglas de un procedimiento distinto al señalado por la ley[59]; en haber dejado el receptor constancia incompleta de la notificación, no obstante, la parte compareció a defenderse en tiempo y forma[60]; en haberse rematado una propiedad en una suma muy superior al correspondiente avalúo fiscal[61]; en haberse certificado las publicaciones del remate de manera posterior a la subasta[62]; en haber incurrido en un error en el enunciado en el apellido materno del demandado no importa la nulidad si no resulta alterada su identidad ni se hace imposible su determinación[63]. En este mismo sentido, la jurisprudencia también ha afirmado que el simple apartamiento de las formalidades, no vinculable casualmente a una afección de derechos de las partes o del orden público, es inidóneo para declarar la nulidad procesal[64]; se ha denegado el incidente de nulidad fundado en haber emplazado a una determinada sociedad como sociedad anónima en vez de hacerlo como sociedad de responsabilidad limitada[65]; si el ejecutado alega la nulidad del emplazamiento, pero en el mismo escrito, en un otrosí, opone excepciones, entonces tuvo conocimiento oportuno de la demanda y no ha sufrido perjuicio, tanto que pudo defenderse, siendo improcedente la declaración de ineficacia[66].

---

[56] Corte de Apelaciones de Chillán, 24 de julio de 1947, *RDJ*, tomo XLVI, sec. 2ª, ps. 7 y ss. (considerandos 3.° al 6.°). Sin embargo, la Corte no alude a la falta de perjuicio para el ejecutado como requisito para rechazar la nulidad.

[57] Corte Suprema, 21 de enero de 1985, *FM*, n.° 314, sentencia n.° 6, p. 763 y ss. (considerando 2.°).

[58] Corte Suprema, 18 de octubre de 1989, *FM*, n.º 371, sentencia n.º 9, p. 615 y ss. (considerando 2.°); CS, 12 de mayo de 1977, *FM.*, n.º 222, sentencia n.º 5, p. 89 y ss. (considerandos 3.° y 4.°).

[59] Corte Suprema, 19 de octubre de 1976, *FM*, n.º 215, sentencia n.º 5, p. 243 y ss.

[60] Corte Suprema, 4 de octubre de 1990, *FM*, n.º 385, sentencia n.º 12, p. 759 y ss. (considerandos 1.° al 3.°).

[61] Corte de Apelaciones de Talca, 2 de mayo de 2008, rol n.° 311-2007 (considerando 3.°).

[62] Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 25 de noviembre de 2009, rol n.º 346-2009 (considerando 2.°).

[63] Corte de Apelaciones de Concepción, 1 de septiembre de 2006, rol n.° 71-2006 (considerandos 5.° al 12.°). En este mismo sentido, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 2 de abril de 2008, rol n.° 20-2008 (considerando 1.°).

[64] Corte de Apelaciones de San Miguel, *GJ*, n.° 202, abril de 1997, p. 93 y ss. (considerando 12.°).

[65] Corte Suprema, 11 de enero de 1996, *RDJ*, tomo XCIII, sec. 3ª, p. 1 y ss. (considerando 3.°).

[66] Corte Suprema, 3 de julio de 1986, *RDJ*, tomo LXXXIII, sec. 1ª, p. 89 y ss. (considerando 3.° y 4.°).

El reconocimiento positivo de la existencia de perjuicio como criterio delimitador para hacer procedente la declaración de nulidad procesal es muy beneficioso por diversas razones como son, entre otras, la eliminación de los formalismos; motiva el cumplimiento de las formas procesales; fomenta la aplicación del principio de economía procesal; promueve la actuación del principio de conservación de los actos procesales y permite explicar el concepto de irregularidad no invalidante.

A propósito de la excepción procesal o dilatoria de ineptitud del libelo los tribunales también han incorporado el principio de trascendencia, rechazando esta excepción en aquellos casos en que la falta de un requisito en el modo de proponer la demanda no genera indefensión[67]. La Corte Suprema ha seguido la sana doctrina al expresar:

> "Que al respecto, ha de admitirse que la excepción de ineptitud del libelo sólo puede fundarse en defectos que sean de tal entidad que lleguen al extremo de hacer prácticamente ininteligible, vaga o mal formulada la demanda, como lo ha resuelto esta Corte desde antiguo, ya sea respecto de la causa de pedir o de la cosa pedida, de modo que se afecte el derecho de la contraparte a poder defenderse, por la incomprensión de la misma"[68].

En cuanto a la prueba testimonial, también se ha interpretado correctamente la ley al establecer que la parte que no presenta la minuta sobre los puntos sobre los cuales el testigo declarará (exigencia que establece el artículo 320 del *Código de Procedimiento Civil*), no impide que se rinda la prueba testimonial pudiendo el testigo ser presentado a todos los puntos de prueba y luego ser repreguntado y contrainterrogado[69].

Con respecto al juicio ejecutivo, también se ha eliminado la exigencia establecida en el artículo 465 del *Código de Procedimiento Civil* que exige que en el escrito de oposición de excepciones el ejecutado exprese los medios de prueba que utilizará para acreditarlas. La exigencia que el escrito de oposición de excepciones cumpla con el requisito de indicar los medios de prueba de que pretende valerse el ejecutado para acreditar las excepciones ha perdido relevancia e, incluso, la Corte Suprema en una reciente sentencia ha declarado, de oficio, la nulidad de lo obrado por haberse declarado inadmisibles las excepciones fundado en la falta de este requisito[70].

---

[67] Sobre esta excepción y la forma como los tribunales la han resuelto véase Cortez (2014), pp. 172-175.

[68] Corte Suprema, 27 de diciembre de 2021, rol 94793-2020.

[69] Palomo (2014), pp. 338-340.

[70] Una sentencia reciente de la Corte Suprema, 28 de noviembre de 2018, rol 2789-2018 (considerandos 8.° y 11.°) anuló de oficio lo obrado en un juicio ejecutivo en que el juez

Una especial hipótesis de inadmisibilidad consistente en la falta u omisión de patrocinio en un recurso de casación, dispuesta en el inciso final del artículo 772 del *Código de Procedimiento Civil* ha sido reinterpretada en el sentido que dicha exigencia se entiende cumplida, si el abogado que patrocinó la causa es quien interpuso el recurso de casación[71]. Creemos que esta reinterpretación es la correcta.

Conclusiones

1. La inobservancia de las formas procesales solo en ciertos casos puede constituir un criterio generador de la nulidad procesal porque para que un tribunal la declare es necesario que realice un juicio de valor respecto del vicio, defecto o irregularidad del acto para luego calificarlo de inválido y, en consecuencia, declarar la ineficacia.

declaró inadmisibles las excepciones opuestas por el ejecutado por no haberse indicado los medios de prueba de que pretende valerse para acreditarlas. Al respecto la sentencia señaló: "Que de los términos del artículo 465 del Código de Procedimiento Civil analizado en el marco de los principios que rigen el procedimiento, ninguna duda cabe que los hechos en que se funda cada una de las excepciones deben ser expresados con claridad y precisión para los efectos de su adecuada inteligencia por la contraparte que dispone de un exiguo plazo para responder a cada una de las alegaciones formuladas, razón por la que se ha entendido y resuelto que se trata de un presupuesto esencial vinculado al principio de bilateralidad de la audiencia y derecho a defensa en el marco de un debido proceso, cuya omisión permite la declaración de inadmisibilidad de las respectivas excepciones.- Carece de esta entidad, en cambio, la determinación y especificación de los medios de prueba en el escrito de excepciones toda vez que la iniciativa y producción de probanzas atingentes concierne a los intereses del propio ejecutado, pero no es posible entender este presupuesto como esencial para determinar lo relativo a la admisibilidad de las excepciones. [...] Que, por consiguiente, en resguardo además del interés general o social comprometido, esta Corte debe, en uso de las facultades correctoras previstas en el inciso final del artículo 84 del Código de Enjuiciamiento Civil, invalidar de oficio lo actuado a partir de la resolución de 21 de enero de 2016, que se lee a fojas 79 de estos antecedentes, por la que no se accedió a tramitar las excepciones opuestas por el demandado a la ejecución, y lo obrado con posterioridad a ella". Sobre los requisitos de admisibilidad del escrito de oposición de excepciones véase. Hidalgo (2018), pp. 155-156.

[71] Corte Suprema, 7 de mayo de 2002, rol 891-2002. En este caso se admitió a tramitación el recurso de casación porque se entendió que el abogado que patrocinaba la causa fue quien presentó el recurso de casación, por lo que el requisito se entiende cumplido. Esta forma de interpretación se ha mantenido, a saber: Corte Suprema, 18 de abril de 2016, rol 3769-2016; Corte Suprema, 29 de marzo de 2016, rol 22891-2015; Corte Suprema, 29 de diciembre de 2008, rol 3622-2008; Corte Suprema, 28 de noviembre de 2011, rol 7888-2011; Corte Suprema, 20 de octubre de 2011, rol 6940- 2011; Corte Suprema, 12 de agosto de 2010, rol 4072-2010; Corte de Apelaciones de Rancagua, 1 de julio de 2004, rol 21162.

La nulidad procesal no se produce necesariamente por la falta de un requisito formal o por el hecho de detectarse y denunciarse la irregularidad formal de un acto procesal.

2. Cuando la ley procesal no reglamenta de manera específica la forma en que debe desarrollarse la actividad procesal, esta debe ceñirse a las reglas formales generales que establece el ordenamiento procesal, debiendo tanto las partes como el juez tener en consideración que dicha actividad puede desarrollarse de cualquier modo lícito y respetando los principios que informan cada procedimiento. En estos casos se debe aplicar el principio de instrumentalidad de la forma o finalidad de los actos procesales.
3. Las formas de los actos procesales evitan que las partes sean sorprendidas durante el proceso, ya que cada litigante sabrá qué actuaciones podrá desarrollar y conocerá la manera en que deben desplegarse los actos procesales, lo cual genera seguridad jurídica tanto para las partes como para el tribunal
4. El cumplimiento de las formas procesales promueve el respeto al principio de contradicción y a que las partes litiguen en un plano de igualdad procesal.
5. Las formas de los actos procesales son necesarias y su cumplimiento permite que el proceso se desarrolle de manera eficiente y que la respuesta jurisdiccional sea entregada en un plazo razonable.
6. Las formas procesales tienen un carácter funcionalista en el proceso judicial porque deben estar subordinadas a las necesidades funcionales del procedimiento pues de lo contrario la interpretación de las normas formales generará conclusiones erróneas posibles corruptelas.
7. En nuestra opinión los tribunales de justicia aún interpretan ciertas normas jurídicas sin aplicar el principio de instrumentalidad de las formas, generando interpretaciones formalistas, perturbadoras, reñidas con los principios procesales que informan los procedimientos. Con todo, también reconocemos que la jurisprudencia ha avanzado en la interpretación de ciertas formalidades procesales encontrando su genuino sentido.

Bibliografía citada

Alsina, Hugo (1958): "Las nulidades en el proceso civil", en Carlo Furno (ed.). *Scritti giuridici in memoria de Piero Calamandrei* (Padova, Editorial Cedam), pp. 81,124.

Alsina, Hugo (1963): *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial* (Buenos Aires, Editorial Ediar).

ANDRÉS CIURANA, Baldomero (2005): *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil* (Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch).

ARAZI, Roland (1995): *Derecho procesal civil y comercial* (Buenos Aires, Editorial Astrea, 2ª edición).

ARELLANO GARCÍA, Carlos (2005): *Teoría general del proceso* (Ciudad de México, Editorial. Porrúa, 14ª edición).

BEDAQUE, José Roberto dos Santos (2006): *Efetividade de processo e técnica processual*, (São Paulo, Editorial Malheiros).

BERIZONCE, Roberto Omar (1967): *La nulidad en el proceso* (La Plata, Editorial Platense).

BERIZONCE, Roberto Omar (1980): "Las formas de los actos procesales: sistemas", en AA.VV. *Estudios de nulidades procesales* (Buenos Aires, Editorial Hammurabi), pp. 17-30.

BONET NAVARRO, Ángel (1981): "Rasgos de forma y formalismos en el proceso. En defensa de la forma", en Ángel BONET NAVARRO. *Escritos sobre la jurisdicción y su actividad* (Zaragoza, Editorial Talleres Editoriales Cometa S.A.), pp. 175-237.

CABRAL, Antonio (2010): *Nulidades no processo moderno: contraditorio, proteçao da confiança e validade prima facie dos atos processuais* (Rio de Janeiro, Editorial. Gen/Forense, 2ª edição).

CALAMANDREI, Piero (1945): *La casación civil* (trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina).

CALAMANDREI, Piero (1973): *Derecho procesal civil. Estudios sobre el proceso civil* (trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Editorial. E.J.E.A.).

CALAMANDREI, Piero (1996): *Instituciones de derecho procesal civil* (trad. de la 2ª edición italiana por Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Editorial Librería El Foro).

CARNELUTTI, Francisco (1944): *Sistema de derecho procesal civil* (trad. de Niceto Alcalá. Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Editorial Uteha).

CARNELUTTI, Francisco (1950): *Lecciones sobre el proceso penal* (trad. del italiano por Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Editorial Bosch y Cía.).

CHIOVENDA, Giuseppe (1949): *Ensayos de derecho procesal civil* (trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Editorial E.J.E.A.).

CHIOVENDA, Giuseppe (1954): *Instituciones de derecho procesal civil* (trad. del italiano por Emilio Gómez Orbaneja, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado).

CHIOVENDA, Giuseppe (1977): *Principios de derecho procesal civil*, (trad. de la 3ª edición italiana por José Casais y Santaló, Madrid, Editorial Instituto, Editorial Reus).

COLOMBO CAMPBELL, Juan (1997): *Los actos procesales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

COLOMBO, Carlos J., Luis ALVAREZ JULIÁ, Germán R. J. NEUSS, Roberto J. PORCEL (1992): *Curso de derecho procesal civil* (Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot).

Conso, Giovani (1965): "Prospettive per un inquadramento delle nullitá processuali civil". *Rivista Trimestral de Derecho Procesal Civil*, pp. 110-149.

Cordón Moreno, Faustino (1994): *Introducción al derecho procesal* (Pamplona, Editorial Eunsa).

Cortez Matcovich, Gonzalo (2004): "El excesivo rigor formal y otras limitaciones impuestas al recurso de nulidad". *Revista de Derecho*, n.º 215 (Universidad de Concepción), pp. 105-139.

Cortez Matcovich, Gonzalo (2014): "La fase de discusión", en Andrés Bordalí, Gonzalo Cortez, Diego Palomo (dirs.). *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar* (Santiago, La Ley/Thomson Reuters/Legal Publishing, 2ª edición), pp. 119-204.

Cortez Matcovich, Gonzalo (2018): "Actos procesales y actuaciones judiciales", en Gonzalo Cortez Matcovich, Diego Palomo Vélez. *Normas comunes a todo procedimiento e incidentes* (Santiago, Thomson Reuter), pp. 73-107.

Cortez Matcovich, Gonzalo (2019): "Cuarta parte. Recurso de apelación", en Andrés Bordalí, Gonzalo Cortez y Diego Palomo. *Proceso civil. Los recursos y otros medios de impugnación* (Santiago, Thomson Reuters, 2ª edición).

Couture, Eduardo (2011): *Fundamentos del derecho procesal civil* (Buenos Aires, Editorial B y F, 4ª edición).

Del Río Ferretti, Carlos (2014): *El derecho al recurso y el recurso de nulidad penal* (Santiago, Legal Publishing).

Devis Echandía, Hernando (1985): *Teoría general del proceso* (Buenos Aires, Ed. Universidad).

Dinamarco, Cândido Rangel (2003): *Institucioes de direito processual civil* (São Paulo, Editorial Malheiros).

Fazzalari, Elio (1996): *Istituzioni di diritto processuale* (Padova, Editorial Cedam, 8ª edizione).

Furno, Carlo (1951): "Nullità e rinnovazione degli atti processuali", in AA.VV. *Studi in onore di Enrico Redenti*, Tomo I (Milano, Editorial. Dott. A. Giufrè), pp. 403-465.

Gayo (1997): *Institutas*, IV, 30 (trad. de texto, notas e introducción de Di Pietro, Alfredo, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 5ª edición).

Gelsi Bidart, Adolfo (1981): *De las nulidades en los actos procesales* (Montevideo, Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández).

Gonçalves Santos, Leide María (2007): "O sistema de nulidades processuais e a instrumentalidade do proceso". *Revista Jurídica*, vol. 9, n.º 87 (Brasilia, Outubro/Novembro), pp. 35-58.

Guasp, Jaime y Pedro Aragoneses (2002): *Derecho procesal civil* (Madrid, Editorial Civitas, 5ª edición).

Hidalgo Muñoz, Carlos (2018): *El juicio ejecutivo* (Santiago, Thomson Reuters).

Horvitz Lennon, María Inés (2015): *El recurso de nulidad en materia penal*. Jurisprudencia de la Corte Suprema 2001-2013 (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Liebman, Enrico (1980): *Manual de derecho procesal civil* (trad. del italiano por Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Editorial E.J.E.A.).

Lourido Rico, Ana María (2004): *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal* (Granada, Editorial Comares, 2ª edición).

Mandrioli, Crisanto (2000): *Corso di diritto processuale civile* (Torino, Editorial G. Giappichelli).

Marelli, Fabio (2000): *La consevazione degli atti invalidi nel processo civile* (Padova, Editorial Cedam).

Martín de la Leona Espinosa, José María (1996): *La nulidad de las actuaciones en el proceso civil* (Madrid, Editorial Colex, 2ª edición).

Martín y Martín, José Antonio (1998): "Los actos procesales", en José Domingo Martín Espino (coord.). *El proceso civil y su reforma* (Madrid, Editorial Colex, Centro Superior de Estudios), pp. 191-214.

Márquez Caballero, José (1945): "Nulidad y subsanación *ex officio* en el proceso civil". *Revista de Derecho Procesal*, n.º 1, pp. 15-27.

Martínez, Oscar J. (1980): "Los vicios del consentimiento en la realización del acto procesal", en AA.VV. *Estudios de nulidades procesales* (Buenos Aires, Editorial Hammurabi), pp. 51-70.

Maurino, Luis Alberto (2001): *Nulidades procesales* (Buenos Aires, Editorial Astrea, 2ª edición).

Micheli, Gian Antonio (1970): *Curso de derecho procesal civil* (trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Editorial E.J.E.A.).

Molina de Caminal, María Rosa (2007): *Nulidades en el proceso civil* (Córdova, Editorial Advocatus).

Morón Palomino, Manuel (1957): *La nulidad en el proceso civil español* (Barcelona, Editorial AHR).

Murga Gener, José Luis (1983): *Derecho romano clásico* (Zaragoza Editorial, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Zaragoza, 2ª edición).

Oberg Yáñez, Héctor (2001): "¿Son necesarias las formas procesales?". *Revista de Derecho*, año lxix, n.º 209 (Universidad de Concepción), enero-junio, pp. 199.208.

Ortells Ramos, Manuel y José Martín Pastor (2011): "Concepto, requisitos e ineficacia de los actos procesales", en Manuel Ortells Ramos (dir.). *Introducción al derecho procesal* (Pamplona, Editorial Aranzadi-Thomson Reuters).

Palacio, Lino Enrique (1991): *Manual de derecho procesal civil* (Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 9ª edición).

Pallares, Eduardo (1991): *Diccionario de derecho procesal civil* (Ciudad de México, Editorial Porrúa, 20ª edición).

Palomo Vélez, Diego (2010a): "Los deberes de aviso e información del juez y de esclarecimiento y colaboración de las partes y una cuestión que ha vuelto a ponerse de moda: los poderes del juez civil. Comentario de una conferencia", en Diego Palomo Vélez. *Reforma procesal civil. Oralidad y poderes del juez* (Santiago, Editorial Abeledo Perrot/Legal Publishing), pp. 369-380.

Palomo Vélez, Diego (2010b): "Proceso civil oral: ¿qué modelo de juez requiere?", en Diego Palomo Vélez. *Reforma procesal civil. Oralidad y poderes del juez* (Santiago, Editorial Abeledo Perrot/Legal Publishing), pp. 327-354.

Palomo Vélez, Diego (2010c): "Sobre el papel del juez civil en materia de prueba, especialmente de las medidas para mejor resolver. A propósito de la paradoja que evidencia nuestro sistema procesal tras la reforma procesal penal", en Diego Palomo Vélez. *Reforma procesal civil. Oralidad y poderes del juez* (Santiago, Editorial Abeledo Perrot/Legal Publishing), pp. 355-368.

Palomo Vélez, Diego (2014): "La fase de prueba", en Andrés Bordalí, Gonzalo Cortez, Diego Palomo (dirs.). *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar* (Santiago, La Ley/Thomson Reuters/Legal Publishing, 2ª edición).

Payá, Fernando Horacio (1984): *Fundamento y trascendencia de las nulidades procesales. La visión de David Lascano* (Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot).

Peña Neira, Sergio (2010): *Nulidad procesal, civil, penal y laboral* (Santiago, Editorial Metropolitana).

Picardi, Nicola (2006): *Manuale del proceso civile* (Milano, Editorial Giufré).

Pottstock Padilla, Edmundo (1997): *Proceso civil y proceso penal* (Santiago, Editorial ConoSur).

Prieto.Castro y Ferrándiz, Leonardo (1982): *Tratado de derecho procesal civil* (Pamplona, Editorial Aranzadi).

Rubio de Orellana Pizarro, Rosario (1996): "La nulidad de actuaciones en el proceso civil", en Ignacio Díez-Picazo y Julián Martínez-Simancas (coords.). *Estudios sobre derecho procesal* (Madrid, Editorial Central Hispano), vol. i, pp. 185-228.

Salas Vivaldi, Julio (2004): *Los incidentes y en especial el de nulidad en el proceso civil, penal y laboral* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 7ª edición).

Satta, Salvatore (1971): *Derecho procesal civil* (trad. de Santiago Sentís Melendo y Fernando de la Rúa, Buenos Aires, Editorial E.J.E.A.).

Serrano Hoyo, Gregorio (1992): "Formalismo y tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". *Anuario de la Facultad de Derecho*, n.º 10 (Universidad de Extremadura), pp. 119-168.

Stoehrel Maes, Carlos Alberto (2009): *De las disposiciones comunes a todo procedimiento y de los incidentes* (actualizada por Davor Harasic Yaksic, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 6ª edición).

Urrutia Salas, Manuel (1928): *Nulidades procesales* (Santiago, Editorial Imprenta y Encuadernación Víctor Silva).

Vilela Carbajal, Karla (2007): *Nulidades procesales civiles y sentencia firme* (Lima, Editorial Palestra).

Yélamos Bayarrí, Estela (2006): *Nulidad procesal y comunicaciones judiciales fallidas* (Barcelona, Editorial Atelier).

LA VINCULACIÓN ENTRE LAS CARGAS DERIVADAS DE LA FALTA DE CONFORMIDAD EN LA CISG Y LA CARGA DE LA PRUEBA

THE LINK BETWEEN THE BURDENS ARISING FROM THE NON-CONFORMITY IN THE CISG AND THE BURDEN OF PROOF

Andrés Erbetta Mattig[*]

Resumen: Se analiza la vinculación que existe entre las cargas que derivan de la falta de conformidad en la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías Compraventa (CISG) y la distribución de la carga de la prueba. A partir de la configuración de estas cargas, la CISG permite dar una respuesta al problema que se produce cuando no hay prueba en el juicio respecto a los hechos alegados por las partes y hay que decidir a quién se asigna el riesgo por dicha insuficiencia. Ello descarta el recurso a explicaciones en clave procesal, que prescinden del texto de la CISG.

Palabras claves: Incumplimiento contractual, falta de conformidad, carga de la prueba.

Abstract: The link between the charges arising from the lack of conformity in the International Sales of Goods (CISG) and the distribution of the burden of proof is analyzed. From the configuration of these charges, the CISG allows to give an answer to the problem that occurs when there is no evidence in the trial regarding the facts alleged by the parties and it is necessary to decide to whom the risk is assigned for such insufficiency. This rules out the use of explanations in procedural code, which disregards the text of the CISG.

Keywords: Breach of contract, lack of conformity, burden of proof.

[*] Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Civil, Universidad de los Andes (Chile) y Universidad del Desarrollo (Chile). Correos electrónicos: aerbetta@miuandes.cl y a.erbetta@udd.cl

I. Introducción

La Convención de Viena de fecha 11 de abril de 1980 sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG) no contiene una regla que de un modo expreso regule la forma como se distribuye el peso de la prueba.

Teniendo presente la falta de regulación sobre la materia, interesa dilucidar cómo opera la carga de la prueba a propósito de la falta de conformidad. Se trata de un tema relevante, pues la falta de conformidad constituye la piedra angular sobre la cual se erige el sistema de remedios al amparo de la CISG.

Para desentrañar esta interrogante, se sostiene que la distribución de la carga de la prueba debe resolverse desde las reglas sustantivas que regulan las restantes cargas que afectan a las partes con relación a la falta de conformidad. Se trata de una perspectiva que asume que la carga de la prueba forma parte del andamiaje sobre el cual se construyen las reglas que organizan la responsabilidad contractual bajo el paraguas de las CISG.

El planteamiento que se sustenta en este trabajo es, precisamente, que la cuestión sobre la carga de la prueba de la falta de conformidad comienza por el estudio de las cargas que afectan a los contratantes, en particular aquellas que gravan la posición del comprador, como ocurre con las cargas de examen y denuncia. Solo una vez que se logra desentrañar el sentido de estas cargas, es posible resolver a cuál de las partes corresponde asignar el riesgo por la falta de prueba, es decir, cuando no existe prueba en el litigio respecto al cumplimiento o al incumplimiento (falta de conformidad, en la terminología de la CISG).

La estructura de este trabajo es la siguiente. Primero se analizarán los aspectos generales de la exigencia de conformidad material con arreglo a la CISG, así como las cargas que derivan de la falta de conformidad, como la carga de examen y de denuncia. Tras ello se entrará al estudio propiamente dicho del régimen de la carga de la prueba en la CISG, comenzando por una exposición de las principales corrientes doctrinarias que se hacen cargo del problema. El trabajo concluirá con la exposición de nuestra opinión al respecto.

II. La exigencia de conformidad material en la CISG

II.1. Aspectos generales

La CISG representa la superación del régimen fragmentado del incumplimiento –propio del *Código Civil* chileno (CC) y de aquellos *Códigos* con los que comparte orígenes–, para avanzar hacia un sistema de responsabilidad construido sobre una noción amplia y objetiva de la inejecución contractual, centrada en

la protección del interés del acreedor y no en la idea de reproche o castigo al deudor. La influencia de la CISG abarca todo el derecho de los contratos. Si bien refiere solo a la compraventa internacional de mercaderías, no cabe duda de que la compraventa es el tipo contractual que más claramente refleja la función del contrato en el tráfico jurídico. Por esta razón, aparece como el prototipo contractual desde el cual se construye el mecanismo de protección del acreedor[1].

La exigencia de conformidad implica que la responsabilidad contractual se atribuye al vendedor en caso de no satisfacción del interés del comprador referido a la obtención de la utilidad esperada por el contrato[2]. La falta de conformidad en la CISG es, pues, una expresión de la noción de incumplimiento que propone el nuevo derecho de los contratos, en línea con la idea de vinculación contractual como la garantía de un resultado de satisfacción del interés del comprador, no como deber de conducta del deudor[3].

La entrega de las mercaderías constituye la obligación más importante del vendedor[4]. Este último no solo debe entregar la cosa, sino que debe entregar la cosa convenida (artículo 35.1 de la CISG). La conformidad consiste en la adecuación material de las mercaderías con las que el vendedor pretende cumplir a las exigencias del contrato y de la propia CISG[5]. La adecuación material, a su vez, tiene relación con la cantidad, calidad y tipo, envase y embalaje[6]. La exigencia de adecuación también se extiende a la conformidad jurídica (artículos 41-44 de la CISG), con relación a los defectos jurídicos (existencia de derechos y pretensiones de terceros). El sistema de remedios se aplica en lo esencial a la conformidad material y jurídica, salvo en aspectos puntuales[7]. Con todo, bajo la CISG cabe distinguir entre la falta de entrega de la cosa (artículos 31-34) de la falta de conformidad propiamente dicha (artículos 35-44), lo que tiene importancia, por lo pronto, porque la carga de denuncia solo se aplica a la falta de conformidad[8].

---

[1] Esplugues (1991), p. 60. Véase también Bonell (2008), p. 263.

[2] Oviedo (2015), p. 338.

[3] Morales (2011), p. 382.

[4] Esplugues (1991), p. 71.

[5] La CISG contiene criterios legales de interpretación respecto a las condiciones que deben cumplir las mercaderías para considerarlas conformes. La primera regla es la aptitud para los usos a los que ordinariamente se destinan mercaderías del mismo tipo, mientras que la segunda corresponde a la aptitud para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato. Al respecto, véase Morales (2006), pp. 299-300.

[6] *Op. cit.*, pp. 296-307.

[7] En este sentido, Morales (2006), p. 288, señala que a la conformidad jurídica no se aplican ciertas normas, como la de los artículos 35.3 y 39.2 de la CISG.

[8] Existe una polémica en torno a si al *aliud pro alio* (cuando el objeto con el que pretende cumplir el vendedor no es el objeto pactado, sino un objeto diferente), cabe aplicar las reglas

La falta de conformidad, pues, se construye en términos amplios, abarcando cualquier desviación del programa contractual trazado en el acto constitutivo de la prestación[9], que provoca una alteración en la satisfacción del interés cubierto por la garantía del contrato. Este sistema desconoce la obligación de saneamiento que recogen los *Códigos* continentales, porque, en realidad:

> "La noción de falta de conformidad absorbe el supuesto del saneamiento y lo hace superfluo como categoría especial, distinta de la del incumplimiento"[10].

Tal como sugiere Antonio Manuel Morales Moreno, en este sistema la responsabilidad contractual se construye al margen de la culpa[11], la que no viene impuesta como presupuesto de los remedios por incumplimiento, incluyendo a la indemnización de perjuicios. En este sentido lleva razón John Honnold cuando sostiene que la exclusión de la culpa encuentra su justificación, porque para precisar su concurrencia es preciso efectuar un examen del proceso de producción del vendedor o del suministrador lejano. De esta forma, concluye este autor, la culpa basada en el proceso de fabricación es tan anómala como poca práctica[12]. Con todo, cabe mencionar que existen algunas opiniones aisladas que sostienen que el criterio de la culpa tiene cabida en la CISG, como lo demostraría el texto del artículo 79.1, a propósito de la exoneración del vendedor[13].

En realidad, la responsabilidad se construye sobre la noción de riesgo. Así, la responsabilidad del deudor se activa como consecuencia de la materialización del riesgo dentro de la esfera de control del contratante deudor. Por

de la falta de entrega o de la falta de conformidad. Apoyando esta última postura, véase Morales (2006), pp. 295-296.

[9] Como señala De la Iglesia (2001), pp. 102-103, este sistema internacional adopta el *criterio genérico de entrega inexacta*.

[10] Morales (2006), p. 294. Para una comparación entre los regímenes del saneamiento y de la falta de conformidad, véase De la Iglesia (2001), pp. 64-97.

[11] Morales (2006), p. 292. También Vidal (2006), pp. 38-44, 142.

[12] Honnold (1987), p. 474.

[13] En este sentido, Bianca (1997), pp. 141-142, a partir del artículo 79.1, concluye que, si bien la CISG no menciona la culpa, igualmente: "Establece una regla claramente marcada por el límite de esfuerzo diligente debido por el vendedor. La clave del significado de la norma está dada por la referencia a la *razonabilidad* de aquello que se espera de la parte contractual (del co-contratante): es razonable esperar un deber fundado en criterios de profesionalidad y normalidad". Ferrari (1999), pp. 237-238, por su parte, sostiene que, a propósito de la carga de examen de las mercaderías, existiría otra manifestación de la diligencia, esta vez para darle contenido a dicha carga. Por esta razón, sostiene: "El standard que se debe emplear no puede ser así de 'absoluto'. En efecto, es suficiente que quien proceda al examen de las mercaderías lo haga empleando la diligencia que una persona razonable emplearía".

el contrario, el deudor no responde cuando el obstáculo que ha impedido el cumplimiento se ubica fuera de la órbita de la garantía contractual[14]. La responsabilidad del vendedor se excluye en tres causas: el conocimiento de la falta de conformidad por el comprador[15], la imputabilidad de la falta de conformidad a este y la existencia de un pacto de exclusión[16]. Por ende, si bien el régimen de la responsabilidad opera objetivamente, ello no quiere decir que lo haga en términos absolutos.

A partir de lo expuesto puede concluirse, siguiendo a Jorge Oviedo, que la obligación de conformidad consiste en:

> "El compromiso asumido por el vendedor para con el comprador consistente en que la cosa entregada, corresponda en cuanto a su cantidad, calidad y tipo a la que fue convenida, además que resulte útil ya sea para el uso ordinario al que se dedique mercaderías del mismo tipo o para el uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor al momento de celebración del contrato"[17].

II.2. Cargas que derivan de la falta de conformidad

El ejercicio de la garantía de conformidad en la CISG, señala Bernard Audit, está sometido a condiciones de plazo, así como a la observancia de ciertas cargas. El cumplimiento de estas es ineludible para el ejercicio de las acciones que establece la CISG[18].

Respecto a los plazos, cabe señalar que los artículos 38 (*plazo más breve posible* atendidas las circunstancias) y 39 de la CISG (*plazo razonable* a partir del momento en que el comprador haya o debiera haber descubierto la falta de

[14] En todo caso, como recuerda Vidal (2006), p. 36, la exoneración del vendedor no afecta el ejercicio de los remedios contractuales de que dispone el acreedor, distintos al de la indemnización, según el artículo 79 5) de la CISG. Cabe señalar que la carga de la prueba de la causa que provoca la exoneración de responsabilidad es del vendedor, como se desprende del art. 79 de la CISG. Véase al respecto, Honnold (1987), p. 468.

[15] Respecto a la carga de la prueba del conocimiento, Schwenzer y Muñoz (2011), p. 1144, señalan: "[...] el comprador debe probar que el vendedor conocía los hechos relativos a la falta de conformidad o no pudo haberlos ignorado. Si el comprador, sin embargo, puede probar que la falta de conformidad resulta de la esfera de responsabilidad del vendedor, la carga de la prueba se revierte al vendedor en consideración de que él está más cercano a los hechos. Si el vendedor busca confiar en el hecho de que él reveló el riesgo de una falta de conformidad al comprador, el vendedor deberá probar esto último".

[16] Morales (2006), pp. 307-309. Véase también De la Iglesia (2001), pp. 152-158.

[17] Oviedo (2015), p. 350. También Esplugues (1991), p. 72.

[18] Audit (1994), pp. 121-129.

conformidad), distinguen entre aquel que sirve para examinar las mercaderías y aquel plazo que tiene el comprador para hacer valer la falta de conformidad. El criterio de la CISG es limitar el plazo para el ejercicio de los remedios contractuales, entre otras razones, para evitar las dificultades que supone la prueba transcurrido cierto tiempo (lo que en Francia se denomina *solución del plazo breve*)[19]. Cabe precisar, en todo caso, que de acuerdo con el artículo 36 de la CISG, el momento de la transmisión de los riesgos coincide, por lo general, con el de la obligación de conformidad[20]. No obstante, la disconformidad manifestada con posterioridad no priva al comprador de protección, cuando esta resulte imputable al incumplimiento de cualquiera de las obligaciones del vendedor:

> "Incluido el incumplimiento de cualquier garantía de que, durante determinado período, las mercaderías seguirán siendo aptas para su uso ordinario o para un uso especial o conservarán las cualidades y características especificadas",

según reza el artículo 36 de la CISG.

Ahora bien, respecto a las cargas que el comprador debe sufragar para el ejercicio de las acciones de la CISG, Álvaro Vidal distingue entre las cargas de comunicación y cargas de conducta material. Las primeras estarían conformadas por la carga de denuncia y de anuncio del remedio que ejercerá el comprador, mientras que en las segundas se hallan la carga de mitigar las pérdidas y de conservación de las mercaderías[21]. Cabe incluir, además, dentro de las primeras, como hace Jorge Oviedo, la carga de examen de las mercaderías[22].

II.2.1. La carga de examen y las dificultades probatorias

El artículo 38 de la CISG establece que el comprador debe examinar o hacer examinar las mercaderías dentro del plazo más breve posible, a partir de lo cual, si constata alguna disconformidad, debe comunicarla al vendedor, especificando su naturaleza[23]. Por esta razón se afirma que la carga de examen consti-

[19] Larroumet (2003), p. 443.

[20] Oviedo (2015), p. 354.

[21] Vidal (2006), pp. 34-36.

[22] Oviedo (2015), p. 354.

[23] Garro y Zuppi (1990), p. 229. Para estos efectos, el artículo 38 de la CISG consigna las siguientes posibilidades: que el comprador examine directamente las mercaderías o por medio de un tercero; si el contrato implica un transporte, se puede aplazar el examen hasta el momento en que lleguen a destino; si el comprador cambia en tránsito el destino de las mercaderías o las reexpide sin haber tenido una oportunidad razonable de examinarlas o si en el momento de la celebración del contrato el vendedor tenía o debía tener conocimiento de la posibilidad de tal cambio de destino o reexpedición, el examen podrá aplazarse hasta que las mercaderías hayan llegado a su nuevo destino. Véase al respecto Oviedo (2015), p. 355.

tuye la base de su obligación de comunicar al vendedor los defectos de la cosa comprada[24]. Como recuerda Bernard Audit, el texto de la CISG no precisa la forma como debe efectuarse el examen, lo que determina que esta se haga de acuerdo con la práctica habitual para la mercadería específica de que trate, lo que excluye medios de investigación profundos[25].

A partir del examen de la cosa pueden producirse dos resultados. El primero es que no surja ninguna falta de conformidad, con lo cual la compraventa será perfecta. El segundo, por el contrario, es que la falta de conformidad sí aparezca, para lo cual habrá que distinguir nuevamente. Si la falta de conformidad es aparente (por ejemplo, la cantidad de las mercaderías no es la adquirida), esta será fácilmente reconocible al momento del examen, de modo tal que el comprador, enfrentado a esa hipótesis, debe denunciar la falta de conformidad al vendedor dentro del plazo previsto en la CISG. Por su parte, si se trata de vicios internos de la mercadería y, por tanto, no reconocibles con facilidad al momento del examen (por ejemplo, la funcionalidad de la cosa), estos deben denunciarse tan pronto los haya descubierto (artículos 36 y 39)[26].

Como podrá imaginarse, los mayores problemas de orden probatorio se presentan precisamente en esta última hipótesis, es decir, cuando la falta de conformidad se manifiesta con posterioridad a la transmisión del riesgo o se trata de aquellas que ocurran después de ese hito, pero que se puedan imputar al incumplimiento de cualquiera de las obligaciones del vendedor[27].

II.2.2. Carga de denuncia

Como señalamos, a partir del examen de las mercaderías, surge la necesidad de comunicar al vendedor la falta de conformidad. Por lo general la falta de conformidad de las mercarías es algo que el comprador ignora por completo y de lo cual solo viene a tomar conocimiento cuando tiene materialmente la posibilidad de examinar la cosa. Por esta razón, es natural que el vendedor responda de la falta de conformidad solo si el comprador le avisa en forma oportuna[28].

---

[24] Schwenzer y Muñoz (2011), p. 1093. Vázquez (1995), p. 252, por su parte, señala que el reverso de la obligación de conformidad material impuesta al vendedor es la obligación de examen de las mercaderías.

[25] Audit (1994), p. 122. En la misma dirección Oviedo (2015), p. 355.

[26] Seguimos en esto a De la Iglesia (2001), pp. 281-282.

[27] En este sentido, Vázquez (1995), p. 251, plantea que la carga de la prueba de la falta de conformidad que surge después del momento de la transmisión del riesgo es del comprador, porque es frecuente que dicha falta de conformidad tenga su origen en una falta de mantenimiento o en un mantenimiento inadecuado de las mercaderías por parte del comprador. También plantea esta idea en Vázquez (2000), pp. 190-191.

[28] Adame (1994), p. 159.

Desde la perspectiva del vendedor, si el comprador recibe las mercaderías sin objeción alguna, las retiene, usa y revende, y después de un tiempo reclama una falta de conformidad, el vendedor no tiene cómo determinar si la demanda es justa o no. En cambio, si el comprador comunica la falta de conformidad rápidamente, el vendedor puede inspeccionar las mercaderías, probarlas y determinar con facilidad la justificación del reclamo[29]. La denuncia, por ende, consiste en una declaración que el comprador dirige al vendedor, poniendo en su conocimiento la existencia de faltas en la cosa que entregó.

Respecto al contenido de la denuncia, María Isabel de la Iglesia señala que debe comprender el resultado del examen practicado a las mercaderías. Por ende, el comprador debe detallar con precisión las faltas de inconformidad, especificando su naturaleza. Además, debe insertar una declaración expresa en el sentido de que no acepta las mercaderías en las condiciones entregadas[30]. Con todo, la observancia de esta carga no importa la afirmación –ni tampoco la prueba– de la causa precisa que ha originado la disconformidad[31]. Esta característica, veremos, es relevante con relación a la cuestión probatoria.

En cuanto a las consecuencias que emanan de la falta de denuncia, el artículo 39.1 de la CISG establece en forma perentoria que el "comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercaderías si no la comunica al vendedor". El efecto nocivo de la caducidad, pues, es devastador para el comprador, ya que esta comprende la lista completa de los remedios que la CISG contempla a su favor: indemnización, cumplimiento, resolución, y reducción de precio[32]. María Isabel de la Iglesia describe lo anterior a la perfección:

> "[...] cuando el comprador no denuncia defecto alguno, o, ha dejado transcurrir un plazo excesivo de tiempo, o, ya ha utilizado la mercancía, se debe entender que la ha aceptado de forma implícita –tácitamente– es decir, se presupone que otorga su conformidad con la misma"[33].

---

[29] Honnold (1987), pp. 306-307. Con ello, además, el vendedor puede ejercer su derecho a subsanar la falta de conformidad (*right to cure*). Sobre este tópico, véase Contardo (2017), p. 153 s.

[30] De la Iglesia (2001), pp. 297, 300-301. Por esta razón, agrega: "[...] aunque el legislador utiliza el término *comunicación* debemos señalar que el mismo no es correcto ya que las connotaciones de la reclamación son mucho mayores que el del simple *comunicado*, pues se halla relacionado con el *principio general de notificación*".

[31] Adame (1994), p. 160. En la misma dirección, Vázquez (1995), p. 260 y Schwenzer y Muñoz (2011), pp. 1114-1118.

[32] Honnold (1987), p. 310.

[33] De la Iglesia (2001), p. 247; Morales (2006), p. 299, agrega: "La falta de denuncia (cfr. art. 39 CV) podrá ser equiparada a la aceptación por el comprador de la calidad y tipo recibidos; a no ser que sea aplicable el artículo 40 CV, en cuyo caso no cabrá establecer tal equiparación.

De este modo mientras el acreedor/comprador no denuncie el incumplimiento/falta de conformidad, el pago –que habrá que llamar así mientras no se establezca lo contrario– continuará produciendo todos sus efectos. El efecto extintivo que sigue al pago impide el ejercicio de los remedios por incumplimiento[34]. Esto explica, como señala con lucidez Antonio Orti, que la finalidad principal de la denuncia consista en "destruir la apariencia de conformidad que comporta el pago ya realizado y, consecuentemente, impedir la liberación del vendedor"[35]. Otra función de la denuncia es que permite al vendedor tomar conocimiento de la falta de conformidad, y adoptar medidas oportunas, tanto para defenderse en forma adecuada de la reclamación del comprador como para subsanar el incumplimiento. Asimismo, y esto es muy relevante, facilita la constatación y prueba posterior de la falta de conformidad o de su inexistencia[36]. Denunciada la falta de conformidad, además, el comprador puede rehusar legítimamente las mercaderías, con lo cual surge para este, por contrapartida, el deber de conservarlas en la forma prevista en el artículo 86 de la CISG.

Existen algunas excepciones en las que la omisión oportuna de la denuncia no priva al comprador del ejercicio de las acciones por incumplimiento: así, ocurre cuando la falta de conformidad se apoya en hechos que el vendedor conocía o debía conocer y no manifestó al comprador (artículo 40 de la

La aceptación obliga al comprador a pagar el precio correspondiente a la mercancía recibida, utilizándose para ello el criterio de proporcionalidad recogido en el artículo 50 CV".

[34] Por esta razón la misma De la Iglesia (2001), p. 323, agrega: "No debemos olvidar, como el término invocar implica no sólo la reclamación de la existencia y alcance de la falta de conformidad de las mercaderías entregadas, sino sobre todo, la solicitud de los remedios que el legislador pone a disposición del comprador para satisfacer sus necesidades contractuales. Además, al imponer el legislador la necesidad de 'invocar' la existencia de falta de conformidad con las mercaderías entregadas, se excluye implícitamente la posibilidad de que el vendedor interponga una acción para recobrar el precio por la mercadería entregada y que considera conforme, pues la denuncia es el paso previo para en caso de no llegarse a un acuerdo interponer una acción contraria por parte del comprador en la que se alegue no-conformidad. En definitiva, la omisión de la denuncia protege y confirma la situación del vendedor".

[35] Orti (2002), p. 115. Más adelante (pp. 128-129) Antonio Orti da tres razones para abonar la existencia de una apariencia de cumplimiento regular: a) la seguridad en el tráfico jurídico; b) la aplicación del principio *venire contra factum propium non valet*, que en este caso significa que si el comprador aceptó la cosa y no protestó cuando descubrió o debió descubrir la falta de conformidad, engendró en la otra parte la confianza de que se da por satisfecho, de modo tal que el ejercicio ulterior de las acciones por incumplimiento, supondría una sorpresa o deslealtad, contrarias a la confianza creada por la conformidad tácita con la mercadería; c) finalmente, cuando hay entrega, en términos conceptuales, hay pago, de modo tal que como éste produce efectos *ipso iure*, la única forma de evitar o paralizar ese efecto extintivo, es destruyendo la apariencia de conformidad.

[36] Morales (2006), pp. 337-338.

CISG) [37]; tampoco si el comprador tiene una excusa razonable (artículo 44 de la CISG)[38]. En fin, puede suceder que el vendedor renuncie a su derecho a objetar la extemporaneidad de la denuncia[39].

El comprador tiene la carga de la prueba respecto al hecho de haber formulado la denuncia en contra del vendedor, y que esta cumplía con todas las prescripciones legales y/o que se efectuó en forma oportuna[40]. Esto es muy importante de destacar, ya que, en definitiva, la observancia de esta carga agota la carga probatoria del comprador, pues denunciada la falta de conformidad no es necesario rendir prueba sobre la defectuosidad en sí misma: en ese caso, es el vendedor quien soporta el riesgo por la falta de prueba (del cumplimiento de sus obligaciones).

III. El régimen de la carga de la prueba de la falta de conformidad en la CISG

En su estudio sobre la CISG, Christian Larroumet consigna tres requisitos que debe cumplir el comprador para demandar al vendedor por falta de conformidad. El primero, es la existencia de un defecto en las mercaderías adquiridas; el segundo es que el defecto sea imputable al vendedor, característica que se verifica por el hecho de que la falta de conformidad exista al momento de la transmisión del riesgo (sin olvidar, como veremos más adelante también, que el defecto se puede *manifestar* con posterioridad a ese momento). El tercer requisito, finalmente, lo constituye la circunstancia de que el comprador no conozca el defecto al momento de la celebración del contrato[41]. Solo en la medida

[37] En relación con la carga de la prueba respecto a la regla del artículo 40, Schwenzer y Muñoz (2011), p. 1144, señalan: "Como principio básico el comprador debe probar que el vendedor conocía los hechos relativos a la falta de conformidad o no pudo haberlos ignorado. Si el comprador, sin embargo, puede probar que la falta de conformidad resulta de la esfera de responsabilidad del vendedor, la carga de la prueba se revierte al vendedor en consideración de que él está más cercano a los hechos. Si el vendedor busca confiar en el hecho de que él reveló el riesgo de una falta de conformidad al comprador, el vendedor deberá probar esto último".

[38] Con respecto a la carga de la prueba de la excusa razonable, Vidal (2006), p. 59 señala: "Como se aprecia, la prueba de la excusa razonable sólo aminora los efectos por la inobservancia dentro del plazo de la carga contractual, pero no los hace desaparecer, como ocurre en el caso anterior –se refiere al supuesto del art. 40 CISG–. Igualmente se priva de forma parcial al comprador de los remedios de que dispondría en circunstancias normales, esto es, si hubiese cumplido con el precepto". Véase también Schwenzer y Muñoz (2011), p. 1200.

[39] Schwenzer y Muñoz (2011), pp. 1134-1135.

[40] *Op. cit.*, pp. 1094, 1136.

[41] Larroumet (2003), pp. 440-441.

en que estas condiciones comparezcan copulativamente, la acción del comprador puede prosperar.

Aclarado lo anterior, indagaremos a continuación en la operatoria de la carga de la prueba respecto a la falta de conformidad al amparo de la CISG. Para estos efectos se expondrán, en primer término, las corrientes doctrinarias sobre la materia, para terminar con la exposición de nuestras reflexiones al respecto.

III.1. La discusión doctrinal sobre el onus probandi

En términos generales, en doctrina existen dos grandes posturas sobre la distribución de la carga de la prueba por falta de conformidad en el marco de la CISG. Para la primera, la carga de la prueba constituye un aspecto meramente procedimental, que corresponde resolver a los tribunales, mientras que para la segunda vertiente se trata de una cuestión de fondo que encuentra su regulación (implícita) en las normas de la propia CISG. Veremos en forma breve cada una de estas corrientes, como preludio al desarrollo de nuestra opinión sobre la materia.

III.1.1. Asignación de la carga de la prueba desde la perspectiva del derecho procesal

Este planteamiento parte de la base de que la CISG carece de reglas expresas que regulen la distribución probatoria de la falta de conformidad[42]. Dicha constatación lleva implícita la necesidad de determinar cuáles son las reglas de distribución probatoria de este instrumento de derecho uniforme. Al amparo de lo anterior, surgen, al menos, dos subcorrientes que intentan colmar este aparente vacío.

La primera postura plantea que, frente a la ausencia de normas en la CISG, la carga de la prueba debe resolverse siguiendo lo dispuesto en los textos vigentes de los diferentes ordenamientos jurídicos de las partes involucradas, a cuyas disposiciones procesales habría que remitirse. De esta forma, la solución para este vacío legal es exógena, ya que proviene de cuerpos normativos distintos de la misma CISG. Esta posición, sin embargo, ha sido duramente criticada, imputándosele que se trata de una solución inconveniente, al menos por dos grandes motivos: primero, porque la distribución probatoria en los respectivos ordenamientos suele presentar diferencias sustantivas entre sí y, segundo, porque las distintas previsiones legislativas de los Estados parte no siempre son coherentes con el sistema de responsabilidad que anida en la CISG que,

[42] Morales (2006), p. 310.

como está dicho, prescinde por completo del análisis del incumplimiento en clave de culpa[43].

La otra corriente plantea que la carga de la prueba debe resolverse conforme a los principios que informan este gravamen, los que se encuentran arraigados en el derecho procesal. Antonio Morales Moreno, por ejemplo, plantea que, a falta de texto en la CISG, un punto de partida razonable consiste en acudir al principio *actori incumbit probatio*, a partir de lo cual la carga de la prueba de los presupuestos de la falta de conformidad que invoca el comprador debe ser observada por este último[44]. En forma parecida, Cesare Bianca sostiene que la solución consiste en seguir la práctica comercial internacional, poniendo la carga de la prueba en la parte que protesta del incumplimiento en que incurre la otra, lo que en buenas cuentas implica colocar sobre el comprador/acreedor el *onus probandi*[45]. Frente a estas posturas se encuentra la de aquellos autores que sostienen que los principios que informan la carga de la prueba al amparo de la CISG tienen carácter sustantivo, y que se hallan ínsitos en su texto. Conforme a lo anterior, el reenvío a las pautas del derecho procesal constituye un error, pues la CISG no contiene en realidad un vacío sobre la materia. Veremos a continuación esta corriente.

III.1.2. La carga de la prueba de la falta de conformidad como una cuestión de derecho sustantivo

Como se adelantó, esta tesis plantea que la carga de la prueba constituye una cuestión de fondo que se desprende del articulado de la propia CISG. Esto significa que la regulación del *onus probandi* debe efectuarse conforme al análisis de cada disposición en particular, a partir de lo cual es posible construir un régimen de distribución probatoria entre los contratantes. De esta forma, para quienes sustentan esta posición, el análisis de la carga de la prueba se efectúa desde la CISG, rechazando el recurso a mecanismos de distribución probatoria externos, en especial a principios que provienen del derecho procesal[46]. Los comentarios de Schlechtriem e Ingeborg Schwenzer a la CISG, por ejemplo, responden a este enfoque. Así, estos autores, tras examinar detenidamente el contenido de cada una de las disposiciones de la CISG, analizan la operatoria de la distribución probatoria que sigue al texto de derecho positivo.

[43] En este sentido, Morales (2006), p. 310 y Esplugues (1991), p. 73.

[44] Morales (2006), pp. 310-311. También Audit (1994), pp. 119-120.

[45] Bianca (1987), pp. 287-288, cita como ejemplo el § 2-607 (4) del United States Uniform Commercial Code, que dispone: "The burden is on the buyer to establish any breach with respect to the good accepted".

[46] Véase Morales (2006), p. 310.

Despejado el carácter sustantivo de la carga de la prueba, los autores plantean dos respuestas a la forma en que se hace su distribución entre los contratantes. De acuerdo con la primera, el vendedor solo se libera de la obligación de responder por la falta de conformidad si, habiendo sido denunciada esta por el comprador, prueba que las mercaderías eran conformes al momento de la transmisión del riesgo, de acuerdo con las reglas de la CISG. Es la postura de autores como Huber[47]. La otra vertiente distingue según si el comprador aceptó o no las mercaderías al momento de la entrega. En el primer caso, si el comprador examina las mercaderías y denuncia en forma oportuna la falta de conformidad, es el vendedor quien tiene la carga de la prueba de que las mercaderías son conformes a lo pactado. En el segundo, por su parte, si el comprador no denunció la falta de conformidad al momento del traspaso del riesgo y lo hace después, es decir, una vez que ha recibido materialmente las mercaderías recibidas (con el límite máximo de dos años que establece el artículo 39.2 de la CISG), la carga de la prueba se coloca en el comprador, quien debe probar todos los presupuestos de la disconformidad[48].

III.2. Nuestra opinión: La configuración de las cargas que derivan de la falta de conformidad inciden en la distribución de la carga de la prueba en el marco de la CISG

Para dar respuesta a la pregunta sobre cuál es el régimen de la distribución de la carga de la prueba en materia de falta de conformidad al amparo de la CISG, habría que comenzar señalando que, si bien este pacto internacional carece de reglas expresas sobre la materia, no parece correcto el recurso a los respectivos derechos internos o a los principios del derecho procesal. Por el contrario, teniendo como punto de partida las reglas positivas que se encuentran contenidas en la propia CISG, puede arribarse a la conclusión de que, aun sin norma expresa, en esta última la carga de la prueba constituye una expresión del vínculo entre las cargas del comprador y la responsabilidad del vendedor. La carga de la prueba, entendida de este modo, constituye una expresión –en clave probatoria– de las reglas que organizan a la responsabilidad contractual y de ahí su carácter sustantivo.

Desde este enfoque, la materialización del riesgo por la falta de prueba (faz negativa de la carga de la prueba) se conecta con la verificación del cum-

[47] Citado por Morales (2006), p. 311. Al respecto, Schwenzer y Muñoz (2011), p. 1070, plantean que esta postura, que proviene del derecho alemán, no encontraría bases en la CISG y "trata de transferir preconcepciones locales a la ley de compraventa uniforme".

[48] Schwenzer y Muñoz (2011), p. 1070.

plimiento del deber de conformidad que pesa sobre el vendedor (que, en faz positiva, a este último corresponde probar), en la medida en que el comprador observe, a su turno, las cargas que gravan su posición para los efectos de ejercer los remedios que la CISG consagra. Por consiguiente, el deber de conformidad que consagra la CISG, está conectado con la observancia de la carga de la prueba que asiste a las partes (a las dos), lo que constituye una manifestación del principio de protección del comprador o de la parte acreedora en general. El riesgo por falta de prueba, en el supuesto de que no sea posible asignar a una u otra parte dicha consecuencia, se asigna por lo general al deudor de la obligación –en este caso, el vendedor–, pues corresponde a este último soportar la contingencia de falta de prueba. A falta de prueba del deudor, el incumplimiento surge como un hecho asentado en el litigio respectivo, que permite que cada remedio contractual despliegue sus efectos. Como se observa, esta propuesta se intenta extraer del articulado de la propia CISG, desde donde se construye la distribución probatoria, pues a través de aquello que las partes deben probar se reafirma el principio de la responsabilidad del vendedor y de su límite[49].

Al respecto, sin embargo, resulta indispensable distinguir los siguientes supuestos:

III.2.1. Aparición del defecto en el momento de la entrega: Dispensa de la carga de la prueba de la falta de conformidad en virtud de la observancia oportuna de las cargas de examen y denuncia

Una vez que el vendedor entrega las mercaderías vendidas, el comprador debe examinarlas o hacerlas examinar en el más breve plazo (artículo 38.1 de la CISG). Como se ha dicho, esta carga tiene por objetivo descubrir la falta de conformidad de la cosa[50] y se amolda a las circunstancias particulares del caso. En ese sentido, tal como lo previene el artículo 38.2 de la CISG, si el contrato implica el transporte de las mercaderías o, bien, si estando en tránsito cambia el destino de la entrega o las reexpide sin haberlas examinado (artículo 38.3), el examen se entiende aplazado hasta el momento de la llegada a destino. El examen, además, debe abarcar todas las posibles manifestaciones de la falta de conformidad a la luz de lo dispuesto en el artículo 35 de la CISG (aptitud de las mercaderías para el uso ordinario o que se hayan hecho saber al vendedor; que posean las cualidades según la muestra o modelo; o que estén envasadas o embaladas en forma habitual).

[49] Como correctamente señala Jordano (1987), p. 243.

[50] Morales (2006), p. 326.

Si las mercaderías se encuentran conformes, la entrega surtirá pleno efecto liberatorio, a menos que con posterioridad al momento de la transmisión del riesgo se manifieste una falta de conformidad y esta tenga conexión con el incumplimiento de alguna de las obligaciones del vendedor, *ex* artículo 36.2 de la CISG (lo que veremos más adelante). Ahora bien, si como resultado del examen de las mercaderías el comprador concluye que estas no se hallan conformes a lo estipulado, debe comunicarlo al vendedor dentro de un plazo razonable a partir del momento en que haya descubierto o debiera haber descubierto la disconformidad.

La falta de denuncia produce efectos sumamente drásticos, ya que, con arreglo al artículo 38.1 de la CISG, el comprador pierde el derecho a invocar la falta de conformidad. Esto se traduce, en buenas cuentas, en la caducidad del ejercicio de los derechos que la CISG pone a su disposición si no efectúa la denuncia en la oportunidad correspondiente. Al respecto, el artículo 39.2 de la CISG dispone que el comprador debe efectuar la denuncia dentro de un plazo razonable a partir del momento en que descubrió o debiera haber descubierto la disconformidad y, en todo caso, en un plazo no superior a dos años contados desde la fecha en que las mercaderías se pusieron efectivamente en poder del comprador, a menos que exista un plazo mayor derivado de una garantía convencional.

Una vez que el vendedor toma conocimiento de la denuncia, debe examinar las mercaderías, a fin de verificar la efectividad de la falta de conformidad alegada por el comprador. Como consecuencia de dicha revisión, pueden producirse dos situaciones. La primera es que el vendedor subsane la prestación defectuosa *ex* artículo 48.1 de la CISG o, bien, acoja de otro modo la denuncia, con lo cual la controversia se arreglará amistosamente entre las partes, sin ulteriores consecuencias. La segunda, por el contrario, es que el vendedor rechace la denuncia, con lo cual al comprador no le quedará más opción que ejercer alguno de los remedios contractuales que la CISG pone a su disposición (artículos 45-52).

En ese último caso, la carga de la prueba del comprador se agota con demostrar que examinó las mercaderías y que efectuó una comunicación al vendedor alegando la falta de conformidad. Como indicamos, a partir de ese momento el vendedor debe revisar las mercaderías, permitiéndole establecer fehacientemente si se encontraban conformes al contrato al momento de la transmisión del riesgo o no[51].

[51] En este sentido, es sugestiva la sugerencia que formula Llamas (2014), p. 1258, en el sentido de que: "La denuncia de la falta de conformidad también entraña deberes para el comprador, toda vez que aunque la Convención no regula la prueba de la falta de conformidad, sí señala que la recepción y retirada de las mercaderías no presupone la aceptación y conformidad de las mismas por el comprador. Por ello, contiene disposiciones sobre la obligación del comprador

En consecuencia, de cara al litigio en el cual se discuta la responsabilidad del vendedor por incumplimiento, el comprador que rehúsa la prestación y oportunamente comunica su disconformidad, solo debe demostrar, precisamente, que observó las cargas de examen y de denuncia, sin que sea indispensable la demostración de la disconformidad en sí misma[52]. A la inversa, es el vendedor quien deberá demostrar que cumplió, entregando en tiempo y forma las mercaderías pactadas o, bien, si la reclamación del comprador tiene relación con los perjuicios consecuenciales al incumplimiento, que este se debe a un impedimento ajeno a su ámbito de control y que no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias (artículo 79.1 de la CISG).

Como ya se ha dicho, si bien no existe una regla expresa que fije ese marco de la distribución probatoria, existen diversas razones para defender este enfoque sobre la materia.

En primer lugar, cuando el comprador declina la prestación no existe ningún hecho del cual pueda desprenderse su aceptación ni aun en forma tácita, de modo tal que la carga de la prueba venga impuesta por la necesidad de destruir una apariencia de cumplimiento que, de otro modo, consolidaría el estado de cosas generado a partir de la entrega.

En segundo término, tampoco existe en este caso una razón suficiente para dispensar al vendedor del *onus probandi* del cumplimiento como consecuencia de una imposibilidad para observar esta carga. En efecto, una vez que el vendedor toma conocimiento de la denuncia, no existe impedimento alguno para que este pueda examinar la cosa y verificar la pertinencia de la protesta promovida por el comprador.

En tercer lugar, una vez que el comprador rehúsa la prestación y pone las mercaderías a disposición del vendedor, este retoma el control sobre las cosas vendidas, de modo que tal que, si la carga de la prueba fuera del primero, la demostración del defecto se tornaría en extremo dispendiosa, precisamente por el hecho de que el objeto de la prueba se encuentra en manos de su contraparte.

---

de examinar las mercaderías y denunciar cualquier falta de conformidad en el plazo más breve posible atendidas las circunstancias (artículo 38.1 de la CVVIM)".

[52] Es la idea que se desprende de Llamas (2014), p. 1259, y que compartimos plenamente: "En todo caso, el ejercicio por el comprador de cualesquiera acciones contra el vendedor por la falta de conformidad está subordinado al cumplimiento de ciertas exigencias formales: 1.°) Acreditar el cumplimiento de la obligación de examinar la mercancías en distintos momentos según las circunstancias (artículo 38 de la CVVIM). 2.°) Acreditar la comunicación de la falta de conformidad dentro de plazo (artículo 39.1), que para ser eficaz ha de especificar la naturaleza de la disconformidad y que se haga en un plazo razonable, de acuerdo con las circunstancias objetivas y subjetivas relevantes en cada caso".

En cuarto lugar, si recurrimos al texto del artículo 79.1 de la CISG, podremos advertir que, si bien esta regla se encuentra establecida especialmente para la exoneración de responsabilidad por los daños consecuenciales, bien podría entenderse que incuba un principio general en materia probatoria en el ámbito de la CISG. En efecto, en la primera parte del precepto, esta dispone que una parte: "No será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe [...]".Como se observa, la norma refiere a la carga de la prueba del cumplimiento de *cualquiera de las obligaciones* contraídas por el vendedor, poniendo sobre él la carga de la prueba, lo que, por cierto, debe hacerse extensivo al deber de conformidad que le asiste con arreglo a las reglas del capítulo II de la CISG. Sobre este punto, cabe señalar que no se advierte en la CISG una razón de texto para vincular la voz 'responsabilidad' con la indemnización de perjuicios, como surge del tenor de los artículos 74 a 77. De esta manera, de lo anterior surge que, probada la existencia de la obligación (por quien la invoca), el peso de la prueba se traslada por completo al vendedor, a quien, a su turno, le corresponde demostrar el cumplimiento o la causal de exoneración de responsabilidad.

Concluyendo: En la medida en que el comprador observa las cargas de examen y denuncia oportuna (circunstancias todas que deberá demostrar él), el riesgo por la falta de prueba se traslada al vendedor, quien debe suministrar la prueba del cumplimiento, es decir, de la conformidad de las mercaderías al tenor del contrato. Esta distribución de la carga de la prueba emana de las reglas sustantivas de la CISG y, por lo mismo, no constituye el resultado de la aplicación de un criterio externo a la propia convención. Cabe precisar que, aun bajo esta propuesta, sigue estando del lado del comprador la carga de la prueba acerca de la oportunidad de la denuncia de falta de conformidad, mas, reiteramos, sin que esta se extienda a la demostración del vicio propiamente tal.

Todo lo expuesto nos lleva a refrendar, además, lo que ya se dijo con anterioridad, en el sentido de que existe una relación directa entre las cargas de denuncia y examen, por una parte, y la carga de la prueba de la falta de conformidad, por la otra. Esto ocurre porque el ejercicio oportuno de las primeras al momento de la entrega descarga al comprador del riesgo por la falta de prueba de la falta de conformidad.

III.2.2. Aparición de la falta de conformidad en un momento posterior a la entrega

Al momento de la entrega, ya dijimos, pueden presentarse dos situaciones: la primera es que, fruto del examen de la cosa, el comprador rehúse la prestación, lo que deberá comunicar al vendedor para los efectos señalados en el apartado precedente. La segunda es que el comprador manifieste su conformidad

o aceptación respecto a las mercaderías entregadas, tomando posesión de estas últimas. La aceptación del comprador puede ser expresa o tácita. Será expresa cuando en términos formales y explícitos el comprador comunique al vendedor su aquiescencia con la prestación. Será tácita cuando la conformidad del comprador fluya de un modo inequívoco a partir de los actos que este ejecute como, por ejemplo, cuando usa la cosa sin protesta.

Teniendo presente lo anterior, cabe establecer a continuación el comportamiento de la carga de la prueba de la falta de conformidad cuando el defecto se manifiesta con posterioridad a la entrega, asumiendo que el comprador, al recibir la cosa sin rechazarla, de algún modo u otro exterioriza su aceptación. Hay que decir que el artículo 36.2 de la CISG expresamente contempla el supuesto de la aparición posterior de la falta de conformidad.

A nuestro entender, acá corresponde efectuar un distingo entre los dos supuestos que se extraen del artículo 36.2 de la CISG.

a) El primer supuesto es el de la falta de conformidad ocurrida después del momento de la transmisión del riesgo y que sea imputable al incumplimiento de cualquier de las obligaciones del vendedor.

Al respecto, algunos autores –como Eduardo Arce[53]– sostienen que en esta parte la CISG abandonaría el régimen de responsabilidad objetiva que subyace a su texto, pues, además de la falta de conformidad, se requeriría probar que el incumplimiento del contrato es la causa de esta. No compartimos esta opinión. En rigor, en esta parte la CISG no altera el régimen de la responsabilidad, por cuanto el incumplimiento sigue siendo eminentemente objetivo. En efecto, a falta de una previsión expresa en este texto, no hay motivo para abandonar los principios que informan la responsabilidad en la CISG, que prescinden de cualquier consideración respecto a la valoración del comportamiento del deudor. De esta forma, en lo que a la carga de la prueba se refiere, se aplican las mismas reglas que vimos en el apartado precedente.

Con todo, es necesario efectuar algunas aclaraciones. En efecto, si aun a pesar de que el comprador estuvo conforme con la prestación, acredita que la denuncia de la falta de conformidad fue efectuada apenas tomó conocimiento del defecto, la carga de la prueba que le asiste se limitará a demostrar la existencia de la obligación que se alega incumplida y la oportunidad de la denuncia, sin que el *onus probandi* se extienda a la causa específica que generó la disconformidad. El vendedor, por su parte, deberá demostrar que las mercaderías

[53] Arce (2003), pp. 531-532.

entregadas estaban conformes al contrato o, bien, que la obligación cuyo incumplimiento alega el comprador, no tiene relación con la esfera de riesgos que viene asignada por el contrato.

Si, por el contrario, el comprador no observa las cargas señaladas, nuevamente habrá que distinguir. Si la falta de prueba tiene relación con la oportunidad de la denuncia, en ese caso no tendrá más remedio que demostrar la disconformidad material y su conexión con una obligación que el vendedor dejó de cumplir. En este caso, la atribución de la carga de la prueba estará dada por la existencia de una aceptación tácita de la prestación, que obliga al comprador a demostrar la disconformidad para que su aceptación no suponga la consolidación definitiva de la situación jurídica generada a partir de la entrega. Si, en cambio, la insuficiencia probatoria tiene relación con la existencia de la obligación respecto de la cual alega el incumplimiento, en ese caso la acción ejercida deberá desestimarse.

b) La segunda situación que se extrae del artículo 36.2 de la CISG refiere al incumplimiento de una garantía. En este caso, Antonio Morales Moreno[54] sostiene que el comprador debe probar que la falta de conformidad se ha producido dentro del tiempo cubierto por la garantía (y, por lo mismo, que la ha denunciado en forma oportuna), mientras que el vendedor, si lo alega, debe demostrar que la causa que la ha producido no está comprendida en los riesgos asumidos por la garantía (como, por ejemplo, actos del comprador, de un tercero o acontecimientos fortuitos). Para María Isabel de la Iglesia[55], ante la presencia de una garantía, la sola aparición de un defecto:

> "Es, por sí mismo, el elemento que señala la responsabilidad del vendedor estableciéndose una presunción de nexo causal entre el defecto sobrevenido y el incumplimiento de la obligación del vendedor".

De este modo, la garantía operará como una *inversión de la carga probatoria*, de suerte que la aparición de cualquier evento sobrevenido conectado con la garantía impone al vendedor la carga de la prueba que demuestre que los defectos tienen su origen en causas extrañas a los riesgos cubiertos por aquella.

A partir de lo anterior, si el comprador es capaz de probar la existencia de la garantía y la oportunidad de la denuncia –es decir, que denunció el defecto apenas tomó conocimiento de él–, la carga probatoria se limitará a demostrar esos hechos. Si, por el contrario, el comprador no observa las cargas que

[54] Morales (2006), pp. 317-318.
[55] De la Iglesia (2001), p. 232.

se han indicado, hay que distinguir si la insuficiencia probatoria tiene relación con la existencia de la garantía (en cuyo caso, la acción ejercida definitivamente no podrá prosperar) o si refiere a la oportunidad de la denuncia (evento en el cual el comprador deberá demostrar la falta de conformidad, reiteramos, tal como sucede con el primer supuesto del artículo 36.2 de la CISG).

IV. Conclusiones

a) La distribución de la carga de la prueba de la falta de conformidad con arreglo a la CISG comienza por el estudio de las cargas de examen y denuncia que afectan al comprador. Esto no significa que la posición del comprador se vea desmejorada, ya que en la CISG el riesgo por la falta de prueba recae, por lo general, en el vendedor.

b) En el supuesto de que la falta de conformidad surja en el momento de la entrega de la cosa, se produce una dispensa de la carga de la prueba para el comprador, en la medida en que este haya observado las cargas de examen y de denuncia, lo que deberá demostrar en caso de que exista una controversia sobre dicho aspecto.

c) En caso de que la falta de conformidad se manifieste en un momento posterior a la entrega, el riesgo por la falta de prueba sigue del lado del vendedor, aunque con algunas precisiones:
   - Si el comprador demuestra que la denuncia de la falta de conformidad fue efectuada apenas tomó conocimiento del defecto, la carga probatoria se limitará a esa circunstancia, sin que el riesgo por la falta de prueba se extienda a la circunstancia precisa que determina la disconformidad.
   - El vendedor, por su parte, deberá demostrar que las mercaderías estaban conformes a lo pactado o, en su defecto, que el incumplimiento no tiene relación con un riesgo que se encuentre bajo su esfera de control.
   - Si el comprador no rinde prueba respecto a la oportunidad de la denuncia, el riesgo por la falta de prueba recaerá íntegramente sobre él. Si la falta de prueba tiene relación con la existencia de la obligación, la acción que ejerza, por evidente lógica, también habrá de ser desestimada.

d) Finalmente, en lo que refiere con el incumplimiento de una garantía *ex* artículo 36.2 de la CISG, si el comprador demuestra la existencia de la garantía y la oportunidad de la denuncia, la carga probatoria se limitará a demostrar esos hechos. Si el comprador no prueba la existencia de la garantía, la acción deberá desestimarse sin más. Lo mis-

mo ocurrirá cuando este último no logre probar la oportunidad de la denuncia, evento en el cual el comprador soportará el riesgo por la falta de prueba de la falta de conformidad.

Bibliografía

Adame Goddard, Jorge (1994): *El contrato de compraventa internacional* (México D.F., McGraw-Hill/Interamericana de México).

Arce Caicedo, Eduardo (2003): "Conformidad", en AA.VV. *Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentarios a la Convención de Viena de 1980* (Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas).

Audit, Bernard (1994): *La compraventa internacional de mercaderías. Convención de las Naciones Unidas del 11 de abril de 1980 (Ratificada por la ley 22.765)* (trad. de Ricardo de Zavalía, Buenos Aires: Zavalía Editor).

Bianca, Cesare Massimo (1987): "Art. 36", in Cesare M. Bianca & Michael J. Bonell (coords.). *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention* (Milan, Giuffrè).

Bianca, Cesare Massimo (1997): "Supervivencia de la teoría de la culpa", en Alberto José Bueres y Aída Kemelmajer de Carlucci (dirs.). *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot).

Bonell, Michael Joachim (2008): "De la Convención de Viena sobre la compraventa a los principios Unidtroit: ¿Hay un derecho global de los contratos comerciales internacionales?". *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo vii.

Contardo González, Juan Ignacio (2017). "El derecho del deudor a la subsanación o corrección del cumplimiento no conforme (*right to cure*). Acercamiento desde los instrumentos de derecho contractual uniforme hacia el derecho chileno de contratos". *Ius et Praxis*, n.º 22, n.º 1.

De la Iglesia Monje, María Isabel (2001): *El principio de conformidad del contrato en la compraventa internacional de mercaderías* (Madrid, Centro de Estudios Registrales).

Esplugues Mota, Carlos A. (1991): "La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980". *Revista General de Derecho*, año xlvii, n.os 556-557, enero-febrero.

Ferrari, Franco (1999): *La compraventa internacional. Aplicabilidad y aplicaciones de la Convención de Viena de 1980* (trad. de Albert Lamarca i Marquès, Valencia, Tirant lo Blanch).

Garro, Alejandro Miguel y Alberto Luis Zuppi (1990): *Compraventa internacional de mercaderías* (Buenos Aires, Ediciones La Rocca).

Honnold, John O. (1987): *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)* (trad. de Fernando Sánchez Calero y Manuel Olivencia Ruiz, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado).

Jordano Fraga, Francisco (1987): *La responsabilidad contractual* (Madrid, Civitas).

Jordano Fraga, Francisco (1994): *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento* (Madrid, Editorial Civitas).

Larroumet, Christian (2003): "Convenio de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías: obligaciones del vendedor, obligaciones del comprador, sanciones del incumplimiento de las partes, interpretación del Convenio de Viena", en AA.VV. *Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentarios a la Convención de Viena de 1980* (Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas).

Llamas Pombo, Eugenio (2014): *La compraventa* (Madrid, Wolters Kluwer España).

Morales Moreno, Antonio Manuel (2006): "Comentario al artículo 35", en Luis Díez-Picazo y Ponce de León (coord.). *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (Cizur Menor, Thomson Civitas).

Morales Moreno, Antonio Manuel (2011): "Claves de la modernización del derecho de contratos", en AA.VV. *Autonomía de la voluntad en el derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo iii-1: derecho patrimonial i (Madrid, Consejo General del Notariado).

Orti Vallejo, Antonio (2002): *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil. El nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE* (Granada, Comares).

Oviedo Albán, Jorge (2015). *La garantía por vicios ocultos en la compraventa* (Bogotá, Editorial Temis).

Schwenzer, Ingeborg y Edgardo Muñoz (2011): *Schlechtriem & Schwenzer: Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Tomo ii (Cizur Menor, Thomson Reuters).

Vázquez Lepinette, Tomás (1995): *La conservación de las mercaderías en la compraventa internacional* (Valencia, Tirant lo Blanch).

Vázquez Lepinette, Tomás (2000): *La compraventa internacional de mercaderías. Una visión jurisprudencial* (Elcano, Editorial Aranzadi).

Vidal Olivares, Álvaro (2006): *La protección del comprador* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso).

MINERÍA Y AGUA. RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL

MINING AND WATER. CURRENT LEGAL REGIME

Carlos Claussen Calvo[*]

Resumen: El objetivo de este trabajo es realizar un análisis sintético del régimen constitucional y legal actual del agua, incluyendo las modificaciones introducidas a este en el presente año 2022 por la Ley n.º 21435, desde la perspectiva de considerar dicho recurso como suministro esencial para la actividad minera.

Palabras claves: Agua, minería sustentable, derecho de aprovechamiento de aguas, bienes del dominio público, extractivismo, medio ambiente.

Abstract: The objective of this work is to carry out a synthetic analysis of the current constitutional and legal regime of water, including the modifications introduced to it in the current year 2022 by Law No. 21435, from the perspective of considering said resource as an essential supply. for mining activity.

Keywords: Water, sustainable mining, right to use water, public domain assets, extractivism, environment.

I. Introducción

La industria minera requiere ingentes cantidades de agua, siendo un recurso estratégico para la misma, ya que es esencial para el procesamiento de los minerales, ya sea en la molienda misma; en el proceso de flotación, como transporte de residuos y mineral; en el proceso de lixiviación, como transporte del ácido

[*] Abogado, Magíster en Derecho de Minería y Medio Ambiente. Correo electrónico: contacto@claussenyvelasco.cl

y de la solución enriquecida; en el abatimiento de polvo, en instalaciones sanitarias, en agua potable, entre otros.

Ese uso del agua por parte de la industria minera –que ha sido el pilar histórico de nuestra economía– ha estado en la palestra pública durante las últimas décadas, pero con especial énfasis en estos dos últimos años, iniciado ya el proceso de aprobación o rechazo de una nueva Constitución en nuestro país. Ello ha sido empujado principalmente por movimientos sociales y ecologistas que propugnan la nacionalización o estatización del recurso hídrico, asumiendo implícita y, a veces, explícitamente, que ello desarticularía el modelo actualmente vigente que lo regula, sin proponer claramente, empero, uno que lo reemplace. De hecho, el trabajo en la Comisión de Medio Ambiente y en el Pleno de la Convención Constituyente ha tratado, al unísono, el tema del estatuto minero con el estatuto de las aguas, en ese mismo sentido.

Pese a que la industria minera está lejos de ser el principal consumidor de aguas terrestres, pues solo representa el 3,5 % en la demanda nacional de este recurso hídrico[1], normalmente en los discursos que propician ese "cambio de paradigma" en la explotación de los recursos naturales suele señalarse a la actividad minera como una de las principales causantes de la crisis hídrica.

Ello se debe, sin duda, a una extraña distorsión local de la "paradoja de la abundancia", pues siendo la industria minera en nuestro país –con mucho– la actividad económica más importante y la que más ha contribuido al bienestar de sus habitantes, la percepción subjetiva que una parte importante de la sociedad civil tiene acerca de sus beneficios no es positiva ni proporcional a esos logros. Y ello se debe, en parte, a una intensa campaña comunicacional que lo califica persistentemente de "actividad extrativista", identificándola no solo con un modo de apropiación de los recursos naturales –aquella que "remueve grandes volúmenes de recursos naturales, los cuales no son procesados o lo son limitadamente, y pasan rápidamente a ser exportados", como lo definió originalmente Ernesto Gudynas[2]– si no que, derechamente, asociándola a una supuesta actitud de "saqueo ambiental", despreciativa del im-

[1] Según señala el presidente del Instituto de Ingenieros de Minas de Chile, Juan Rayo, "para producir 1 kg de cobre como cátodo requiere un consumo entre 50 y 70 litros de agua. En comparación, producir 1 kg de palta Hass requiere más de 200 litros", Portal Minero, Columna de Opinión de 11 de mayo de 2020. Disponible en www.portalminero.com/wp/el-agua-de-proceso-en-la-mineria/

[2] Eduardo Gudynas –a quien se le atribuye la autoría del término 'extrativismo'– lo define como: "un tipo de extracción de recursos naturales, en gran volumen o alta intensidad, y que están orientados esencialmente a ser exportados como materias primas sin procesar, o con un procesamiento mínimo". Gudynas (2015), p. 13.

pacto negativo para el país o para las comunidades donde realizan sus operaciones, en particular por la utilización de recursos naturales, como el agua[3].

Si bien el término 'extrativismo' surgió en la década del dos mil, vinculado a lo que algunos intelectuales de izquierda latinoamericanos denominaron "la paradoja latinoamericana" –que consistiría en haber adoptado los gobiernos "progresista" y "revolucionarios" el modelo económico de la explotación de recursos naturales a gran escala, como modelo base de desarrollo de sus economías, a pesar de las experiencias de nacionalización desarrolladas[4]– lo cierto es que dicho término se entronca directamente con el concepto marxista de "modos de producción", del cual se deriva la idea de que el capitalismo es "depredador" del trabajo y a la tierra[5]. Tal concepto marxista ha sido, posteriormente, hábilmente reinterpretado y acomodado "ecológicamente"[6], habiendo ayudado a ello, también, el "estructuralismo" propuesto por la Cepal desde la década de 1950, como medio alternativo a la criticada estructura de "producción primaria" de los países subdesarrollados. Todo ello fue transmitido y adaptado posteriormente por las corrientes ecologistas, dentro del ámbito de lo que se llamó "economía ecológica", sin advertir, algunos y sin importarles, a los más, dicho origen ideológico-político.

A nuestro juicio, esa carga ideológica primigenia no permite un adecuado análisis científico del tema, puesto que descansa –como todo el marxismo, según lo demuestran los porfiados hechos– en una descripción correcta de situaciones históricas, pero con una errónea interpretación de sus causas y proposición de soluciones. Así, siendo innegable que la actividad minera

[3] Espinoza, Ramírez, Ferrando y Álvarez (2015). Asimismo, Acosta (2012).

[4] Wagner (2020).

[5] Según Karl Marx,:"El progreso aportado por el siglo xviii consiste en que ahora la propia ley se convierte en vehículo de esta depredación de los bienes del pueblo, aunque los grandes colonos sigan empleando también, de paso, sus pequeños métodos personales e independientes" (pág. 486); "el trabajo no es, pues, la fuente única y exclusiva de los valores de uso que produce, de la riqueza material. El trabajo es, como ha dicho William Petty, el padre de la riqueza, y la tierra la madre"; y que "en la industria extractiva, en las minas por ejemplo, la materia prima no forma parte integrante del capital desembolsado. Aquí, el objeto trabajado no es producto de un trabajo anterior, sino regalo de la naturaleza. Es lo que acontece con el cobre en bruto, los minerales, el carbón de bulla, la piedra, etc. [...] (/) "[..] Aquí, aparece también como fuente inmediata de nueva acumulación la acción directa del hombre sobre la naturaleza, sin que se interponga para nada un nuevo capital". Marx (1980), pp. 388 y 486.

[6] Rafael Domínguez Martín señala: "[...] se pueden distinguir dos tradiciones teóricas sobre el extractivismo, a las que consideramos posible integrar en razón de su común filiación marxista (Grigera y Álvarez, 2013): [...] (/) "[...] El esquema, en todo caso, arranca directamente de Marx y la consideración de que el capitalismo tiende hacia la mercantilización de todo [...] a disolver las fuentes originales de la riqueza, la tierra y el trabajo, en una métrica que hace caso omiso de la diversidad de la vida". Domínguez (2021).

comprende la remoción y extracción de grandes volúmenes de tierra donde se encuentran depositados los minerales, con impactos ecológicos significativos, ello debe juzgarse dentro del contexto histórico y político que ha afectado a cada país. Desde luego, es innegable que todos los países basaron parte de su desarrollo, en algún momento de su historia, en la explotación de recursos naturales. Ello se explica globalmente por la concepción antropocentrista que dominó el mundo hasta hace pocas décadas, lo cual ha hecho considerar a algunos que estamos viviendo una nueva era geológica, a que denominan "antropoceno"[7]. Sin embargo, ello ha cambiado vertiginosamente, generando la ya clásica definición de "desarrollo sostenible", en la cual lo social, económico y ambiental deben confluir armoniosamente. Quienes motejan a la industria minera de "extractivistas" quieren tener "el presente" de los países desarrollados, sin pasar por su "pasado", como si eso fuera posible. Propugnan, sin excepción, el abandono del actual modelo económico, proponiendo reemplazarlo por un modelo de desarrollo "más complejo", sin querer advertir que ninguna otra actividad contribuye tanto PIB nacional como la minería (10 % y más del 55 % de todas las exportaciones).

En lo que respecta específicamente a la crítica por la utilización del agua en la minería, esta soslaya intencionalmente que la escasez del recurso hídrico es, sin duda, un fenómeno mundial, agravado por el cambio climático, siendo nuestro país uno de aquellos más afectados. También eluden mencionar que, incluso antes de evidenciarse de manera tan evidente esa escasez hídrica global, la minería en nuestro país debió enfrentar y superar esa extrema escasez en aquellas zonas donde la naturaleza fue pródiga en minerales, como es el norte de nuestro país, donde su consumo puede representar una parte importante del total del recurso consumido. Ello hace pensar, intuitivamente, que en tales zonas debiera existir una fuerte colisión de intereses entre los usuarios del agua no mineros y la industria minera, lo que es señalado, incluso, por autoridades públicas[8], lo que, sin embargo, no resulta del todo cierto. Y ello, porque, a diferencia del resto del país y con excepción de los asentamientos indígenas ancestrales, los asentamientos humanos y ciudades en esas regiones áridas han surgido y medrado en razón, principalmente, de la actividad minera, de manera que, antrópicamente, la disponibilidad de agua para consumo humano se ha satisfecho siempre en la medida que ha sido necesaria para mantener la población que la consume. Inicialmente esa necesidad fue satisfecha con aguas superficiales provenientes de la cordillera o

[7] Crutzen & Stoermer (2000), pp. 17-18.

[8] Según Cristian Cifuentes González: "La tensión radica en que muchas de las concesiones y operaciones mineras se ubican en zonas donde la escasez de agua es un factor limitante para el desarrollo regional". Cifuentes (2017).

aguas subterráneas, cuya recargada data de hace miles de años; pero en las últimas décadas una parte importante y creciente se ha satisfecho con aguas marinas desaladas. Por ello, no resulta del todo válido sostener que el uso de agua de la actividad minería rebaja la "escorrentía per cápita" en esas regiones, sino que, antes bien, el aumento de la actividad minera hace que aumente la población, a quien debe proporcionársele agua suficiente para su subsistencia, con los recursos obtenidos principalmente de la minería. De ello se sigue que el problema del consumo de agua para fines humanos en esas zonas de extrema aridez no es un tema de disponibilidad física del recurso, sino, más bien, de su valor.

Siendo ello así, la calificación de "extractivismo minero" a la industria minera, al menos en nuestro país, parece ser una caricatura del concepto de "desarrollo" que se ha logrado en las últimas décadas en la industria, la cual tiene como modelo a seguir el aprovechamiento racional y "sostenible" de los minerales y de los insumos que son necesarios para desarrollarla, siendo el agua uno de los principales.

Teniendo ese marco fáctico de fondo, el propósito de este trabajo es analizar sintéticamente el régimen constitucional actual del agua, destacando su calidad de ser suministro esencial para la actividad minera; y, asimismo, una descripción del actual régimen legal y reglamentario a dichas aguas, considerando las profundas modificaciones introducidas este año 2022 por la Ley n.º 21435. Así, el presente trabajo consta de dos partes diferenciadas. En la primera, se analiza el régimen constitucional actual de las aguas utilizadas por la industria minera, analizando la naturaleza jurídica de "bien del dominio público" y del derecho de aprovechamiento de los particulares sobre ella, bajo criterios de derecho público, como así también la relación de esos derechos con el derecho de dominio. En el segundo capítulo, se analiza el régimen legal del aprovechamiento privado de las aguas, con énfasis en la concesión como título constitutivo del respectivo derecho.

II. Régimen constitucional de las aguas utilizadas por la industria minera

1. El dominio público sobre las aguas

A diferencia de lo que ocurre respecto de las minas, la actual Constitución no contiene una declaración expresa sobre el dominio estatal o nacional sobre las aguas. No existe una norma semejante al inciso 6.° del número 24 del artículo 19 de la Constitución Política, que dispone el dominio "absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible" del Estado sobre todas las minas.

Ello se debe a que tal norma tuvo su origen en el proceso de nacionalización de la gran minería del cobre, autorizada por la Ley n.º 17450, la cual nunca tuvo como propósito el establecer un principio abstracto y fundamental respecto de la naturaleza jurídica de las minas ni su propiedad, sino uno concreto, preciso e instrumental, cual fue la de permitir fijar la indemnización que debía pagarse por dicha nacionalización sin considerar en la avaluación las reservas minerales contenidas en los yacimientos nacionalizados, que según ello siempre fueron del Estado, superando formalmente con ello los principios que sobre indemnización regían hasta ese momento. Fue, según declaró posteriormente Eduardo Novoa Monreal, uno de sus autores, un mecanismo para evitar el control jurisdiccional por parte de los tribunales ordinarios de justicia del proceso de nacionalización, elevando la norma a rango constitucional con el propósito de evitar con ello la invocación a "derechos adquiridos" emanados de los procesos de contratación de la Administración anterior con las empresas mineras de la gran minería, llamados de "chilenización" y de "nacionalización pactada".

Tal discusión nunca se dio respecto de las aguas, pues estas no tienen, por sí mismas, la condición de ser generadora de riquezas como las minas, ni son –al menos, hasta ahora– tan escasas como estas.

La única norma constitucional que se refiere específicamente al estatuto jurídico sobre las aguas es la del inciso 11.° del numeral 24 del artículo 19 de la Constitución, la cual dispone:

> "Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos".

Si bien se estima habitualmente que el propósito de dicha norma fue el de extender la "protección propietaria" a los "derechos reales administrativos de aprovechamiento", en razón de no existir un régimen acabado de protección de estos, como sí lo hay respecto del dominio, lo cierto es que la mayor importancia de dicha norma es establecer, aunque lacónicamente, un "orden público económico hidráulico", caracterizado por un "dominio público" sobre las aguas, por el acceso a ese recurso de los particulares por derechos "reconocidos" o "constituidos" por la Administración y, finalmente, por el dominio de los titulares sobre esos derechos. Y ello, porque pese a la mala técnica jurídica empleada por el Constituyente de 1980, tal norma reconoce que los particulares tienen un "derecho" sobre las aguas que no es de naturaleza dominical, pues no existe ni tiene sentido el derecho de dominio sobre el derecho de dominio. Esa exclusión del derecho de dominio sobre las aguas mismas coincide con una de las características que la doctrina reconoce a los "bienes de dominio público", cual su inalienabilidad, de modo tal que, con tal declaración, la Constitución reconoce el dominio público de las aguas, del cual se constituye o por la ley o por

la figura de la "concesión", otorgada por el Estado/Administración, como título habilitante para el aprovechamiento de ese bien público por los particulares.

A nuestro juicio, la norma del inciso 11.° del numeral 24, ya citado, no es una mera reiteración del derecho de propiedad establecido en el inciso 1.° del mismo numeral 24 –como lo sostiene Alejandro Guzmán Brito[9], quien la califica, además, de "inútil"– puesto que, como señalamos, su finalidad no es solo garantizar el derecho de propiedad sobre el derecho de aprovechamiento sobre las aguas, como cosa incorporal que es –lo que sí está cubierto previamente por la norma del inciso 1.°– sino que, además, establece claramente que ese derecho de aprovechamiento no tiene calidad dominical y que, para que este nazca, se requiere que la ley lo "reconozca" (sin intervención administrativa, como es el caso del artículo 56 bis del *Código de Aguas*) o "conceda" (con intervención administrativa, que otorga concesiones o mercedes). Señala Alejandro Vergara Blanco que esta clasificación no está consagrada con esta claridad en ninguna otra fuente de derecho interno, por lo que su ausencia en este texto constitucional podría haber significado una dispersión normativa, y una dificultad muy grande para la construcción dogmática y jurisprudencial de instituciones y principios de la disciplina[10].

Por otra parte, algunos autores han creído que la norma del número 23 del artículo 19 de la Constitución –que establece la garantía de la libertad para adquirir toda clase bienes– es la que consagra la exclusión de las aguas del tráfico jurídico privado, pues impide que los "bienes nacionales de uso público" puedan ser adquiridos por particulares[11]. Para ello, consideran que la remisión

[9] Señala Alejandro Guzmán Brito: "Por otra parte, no obstante que el inciso 11° del Art. 19 N° 24 de la Constitución reza que: 'Los derechos [...]', tal disposición no es sino concretar la protección general que el constituyente otorga al derecho de propiedad en los primeros incisos del citado Art. 19 No 24 de la Constitución. En efecto, la propiedad de los derechos de aguas ya queda, asimismo, garantizada en el inciso 1° del Art. 19 N° 24, toda vez que los derechos sobre aguas son bienes incorporales, ya protegidos entonces por el citado inciso 1°. Como la norma (Art. 19 N° 24, inciso 11° de la Constitución) tutela la propiedad de "los derechos sobre las aguas" y la forma de expresarse es genérica, no cabe duda, entonces, que cubre al derecho real de aprovechamiento de aguas como a cualquiera otro derecho que pueda decirse que es sobre las aguas (v. gr. servidumbres)". Guzmán (1995), p. 245 y ss. El mismo autor señala que el artículo 19 n.° 24 que la Constitución dedica a las aguas es 'superfluo'". Guzmán (2001), p. 276.

[10] Vergara (2004a), pp. 495-524.

[11] Así, Laura Novoa señala: "Tema aparte es resolver si los derechos de agua deben ser reconocidos como bienes nacionales de uso público a nivel constitucional como se propone en el artículo segundo del mensaje presidencial. Nos parece que este reconocimiento no es necesario y que basta que los derechos de agua queden regidos por el artículo 19 N° 23 de la Constitución en el que se dispone que la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes que consagra no se extiende a aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deben pertenecer a la nación toda". Novoa (2014).

que el constituyente hace al legislador para la declaración de bien nacional de uso público basta para que relaciones jurídicas vinculadas a las aguas deban configurarse entre el Estado-Administración y los particulares, al contrario de lo que sucede con el resto de los bienes de carácter apropiables, consagrando su naturaleza pública" y no "privada"[12]. Ello parece haber inspirado, en su momento, al Ejecutivo, pues en el Mensaje de la Presidenta de la República Michelle Bachelet a la Cámara de Diputados, 7 de enero de 2010 (*Boletín* 6816), y explicando el fundamento de elevar al ámbito constitucional la calidad de "bien nacional de uso público" a las aguas, señaló que ello no conllevaba una novedad, ya que se trataba únicamente de un "traslado" de regulación desde el n.° 24 al n.° 23 del artículo 19 de la Constitución, agregando que, en definitiva, con la reforma se perfeccionaría la actual regulación, pero que en ningún caso se estarían afectando los derechos ya adquiridos.

Creemos que esa posición es también errada, puesto que, de acuerdo con la doctrina ya instalada en materia constitucional, la interpretación de las normas constitucionales debe hacerse "conforme a la Constitución", esto es, no puede realizarse desde el derecho puramente legal al constitucional[13]. En virtud de ello, el hecho de que el constituyente haya establecido, en el numeral 23 del artículo 19 comentado, la existencia de cosas que "la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban perteneces a la nación toda", estatuyendo su inapropiabilidad, no eleva a rango constitucional las cosas o bienes que el legislador califique en una de esas dos categorías, conforme a dicho mandato, pues para aquello se requerirá que el constituyente lo señale expresamente. No existe duda de ello respecto a la categoría de bienes "que deban pertenecer a la nación toda" –la cual, si bien no se contrapone con el concepto privatista de "bienes nacionales de uso público", como señala titubeantemente Eduardo Cordero Quinzacara[14], tampoco la satisface íntegramente–, pues eso dependerá de lo que el Estado/Legislador decida considerar como tal en un momento determinado; pero también es posible concluir aquello respecto de la otra categoría mencionada en el numeral 23 –los que "la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres"–, pues, como señala Luis Claro

[12] Francisco Zúñiga Urbina señala: "Aunque el Código Civil Chileno no recoge explícitamente la expresión 'dominio público', en nuestro ordenamiento jurídico hay elementos suficientes que acercan las consideraciones expuestas en torno a los bienes pertenecientes al dominio público a los bienes llamados «nacionales de uso público". Zúñiga (2005), pp. 65-101.

[13] Véase Fernández (2016), pp. 53-188. En sentido semejante, Vergara (2010), pp. 115-128.

[14] Cordero (2017), p. 129. Dicho autor señala: "[...] la doctrina del dominio público [...] no se contrapone con la concepción del CCch respecto de los bienes nacionales de uso público y se aprecia en los trabajos de los civilistas Leopoldo Urrutia y, de forma más expresa, en Luis Claro Solar, aunque recogiendo simultáneamente y no de forma armónica el pensamiento de Proudhon y de Hauriou".

Solar respecto del artículo 585 del *Código Civil*, en esa descripción cabe el concepto íntegro de "medio ambiente" y de "naturaleza", de tal manera que igualmente requiere de una precisión legislativa. Así, nuestra opinión es que la declaración de "bien nacional de uso público" de las aguas terrestres que hace la ley (en los artículos 589 y 595 del *Código Civil* y artículo 5.° del *Código de Aguas*) no implica que esa calificación tenga reconocimiento constitucional.

De allí se sigue la conclusión que, en nuestra Constitución, las aguas solo tienen reconocimiento como bienes pertenecientes al "dominio público" –en su sentido administrativo– en virtud de la norma contenida en el inciso 11.° del numeral 24 del artículo 19, y ello de manera implícita.

Adicionalmente a lo anterior, estimamos que resulta erróneo estimar sinónimos a los términos "bien del dominio público" con el de "bien nacional de uso público", puesto que son distintos en origen, naturaleza y efectos.

En cuanto a su origen, uno y otro surgieron en épocas y ambientes diferentes. El concepto de "bien del dominio público" reconoce su fuente en el derecho público francés (*domaine public*), complementado por Mayer y otros autores europeos, nutriéndose de principios de derecho administrativo, siendo su esencia la "afectación" de una categoría de bienes que el Estado/Administración estima relevante; en tanto que el concepto de "bien nacional de uso público" corresponde a una categoría de bienes propia del derecho privado, que siendo también originaria del derecho francés, es muy precedente (Ley revolucionaria de 1790), que luego pasó al *Código Civil* de 1804, y que, en términos semejantes, fue replicado por nuestro legislador del siglo XIX, en el *Código Civil* (artículo 589)[15].

Se ha discutido, en doctrina administrativista, acerca de cuál es el motivo que ha llevado a considerar las aguas como bienes de dominio público. Al respecto, se ha estimado tradicionalmente que su justificación está en la propiedad de todos los ciudadanos sobre dichos bienes. Para otros, el foco está en su dimensión económico-social, atendido su papel determinante en el desarrollo económico. Más recientemente, se ha señalado que su fin último es servir como herramienta de protección ambiental[16]. Al respecto, nos parece que la posición correcta es la que señala Alejandro Vergara Blanco, para quien, tratándose de los bienes comunes, el foco no está en defender una propiedad estatal, o de todos los ciudadanos, pues ello implica introducir una lógica patrimonialista, de repartición de titularidades de estos bienes, propia del derecho civil, siendo que lo importante para el derecho vigente es que estos bienes estén "al alcance" de todos, siendo su finalidad, su destino público, del público, del pueblo, lo que pareciera importar más[17], lo que no implica, a nuestro juicio, que su

[15] Sobre el tema, véase VERGARA (1992a), p. 177 y ss.
[16] BETANCOR (2001), p. 615.
[17] VERGARA (1999a), pp. 82-83.

"uso" sea exclusivo del pueblo, pues admite un *uti singuli* de particulares, cumpliéndose los requisitos para ello. Nos parece que ello no se contradice, antes bien se compatibiliza, con la función, concretamente respecto de las aguas, de contribuir al desarrollo económico y de servir de herramienta de protección ambiental, pues solo así aquel objetivo podrá cumplirse efectivamente.

En cuanto a su naturaleza, ya señalamos que la de aquel es administrativa, dominada por el concepto de 'afectación'; en tanto que la de esta última, de derecho privado, siendo su elemento esencial la propiedad de todos los ciudadanos sobre dichos bienes.

Se ha debatido en doctrina si la 'afectación' que conlleva "el dominio público" debe admitir y respetar la existencia de un dominio público creado por la naturaleza, preexistente a un reconocimiento jurídico, como el mar y los ríos, denominado doctrinariamente como "dominio público natural", en oposición al "dominio público artificial", que siempre requiere declaración[18]. Adherimos a la posición de negar aquella categoría, estimando –siguiendo a Lavialle– que el dominio público natural es público no a causa de su afectación natural al uso público, sino porque el legislador lo ha decidido así[19]. De tal forma, serán bienes adscritos al "dominio público" aquellos que pertenecen a las personas públicas y que están condicionados por la afectación de los mismos que hace la autoridad al uso o servicio público.

Ello conlleva importantísimas consecuencias, pues, *v. gr.*, bajo el concepto civilista, los bienes "que pertenezcan a la nación toda" –calificados por el legislador privado como "bienes nacionales de uso público"– no pueden ser gravados con derechos reales que importen un desmembramiento del dominio, como lo ha establecido la jurisprudencia civil chilena desde hace mucho[20] e, incluso, dando pábulo para estimar que ello impide la venta de aguas[21]; en

[18] En esa posición se sitúa Santiago Montt, quien señala: "Las aguas se encuentran dentro de la categoría de bienes de dominio público natural o necesario (por ejemplo: ríos, playas, mar, aire, espectro radioeléctrico)", Montt (2002), p. 2. Por su parte, José Saavedra –siguiendo a Santiago Montt–, señala: "En el caso particular del recurso hídrico, el dominio público de las aguas se justifica a cabalidad, toda vez que sus finalidades públicas son múltiples y esenciales [...]. De hecho, según la doctrina, las aguas se encuentran dentro de la categoría de bienes de dominio público natural o necesario (por ejemplo: ríos, playas, mar, aire, espectro radioeléctrico)", Saavedra (2009).

[19] Ch. Lavialle, citado por Barcelona (2000), p. 2091. En contra de esa posición Aurelio Guaita señala: "Es innegable que lo que se declara ex lege dominio público, la materia prima de éste, puede ser natural, proporcionado por la naturaleza y, en suma, que existe un dominio público natural, que la ley, quizás nunca por capricho, antes bien forzadamente casi siempre, declara, consagra y positiviza", Guaita (1982), p. 34.

[20] Corte Suprema, 4 de julio 1938. Extracto contenido en el *Repertorio de legislación y jurisprudencia*, Tomo ii (Santiago, Editorial Jurídica. de Chile, 1996), p. 48.

[21] Véase comentario en párrafo 3 de este trabajo, en que se comenta el Ord. n.° 1051, de 4 de mayo de 2011, del director del Servicio de Impuestos Internos.

tanto que, bajo el concepto de bien "de dominio público", aquellos admiten la Constitución de cualquier derecho real administrativo, como lo es el "derecho real de aprovechamiento" de minas y aguas. Asimismo, uno y otro concepto se diferencian esencialmente en que un bien "del dominio público" puede no cumplir con la exigencia que el derecho privado exige a todo "bien nacional de uso público", como lo es el que "su uso" pertenezca a todos los habitantes de la nación, como si puede ocurrir con las minas, los montes y, a nuestro juicio, con las aguas, sin perder su condición de "bien público"[22]. Tal criterio es el que ha sostenido, entre otros, el Tribunal Constitucional español, interpretando el artículo 132 de la Constitución de 1978, que trata acerca de "los bienes de dominio público"[23].

Lamentablemente, en nuestro derecho se ha continuado con la utilización del concepto privatista de "bien nacional de uso público" en lugar de desarrollar adecuadamente el tema sobre la base del concepto administrativo de "bien de dominio público", por lo que, en esta materia, estimamos que no se ha cumplido con la *summa divisio iuris* público/privado de las disciplinas jurídicas, a las cuales se refiere Alejandro Vergara Blanco. Así, la mayoría de la doctrina, reconociendo, incluso, que esta materia se rige por principios de derecho administrativo, continúan utilizando indistintamente la calificación de "bien nacional de uso público" para las aguas[24], error en el cual también ha caído nuestro Tribunal Constitucional[25].

[22] Al respecto, Aurelio Guaita señala: "Es la ley la que califica de dominio público a determinados bienes, y en ese sentido todos ellos lo son legalmente, pero es innegable que lo que se declara ex lege dominio público, la materia prima de éste, puede ser natural, proporcionado por la naturaleza y, en suma, que existe un dominio público natural, que la ley, quizás nunca por capricho, antes bien forzadamente casi siempre, declara, consagra y positiviza", Guaita (1982), p. 34.

[23] "El bien de dominio público es así ante todo *res extra commercium*, y su afectación, que tiene esa eficacia esencial, puede perseguir distintos fines: Típicamente, asegurar el uso público y su distribución pública mediante concesión de los aprovechamientos privativos, permitir la prestación de un servicio público, fomentar la riqueza nacional [...], garantizar la gestión y utilización controlada o equilibrada de un recurso esencial, u otros similares". Tribunal Constitucional de España, sentencia 227/88, de 29 de noviembre de 1988, sobre la Ley de Aguas. Disponible en http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1168

[24] En este sentido, José Saavedra señala: "En primer lugar, tal como dispone el artículo 595 del Código Civil, 'Todas las aguas son bienes nacionales de uso público', agregando: 'esta afirmación categórica, inspirada en la Constitución Política de la República, consagrada legalmente en el Código Civil y, reafirmada positivamente en el Código de Aguas, constituye el punto de partida de la regulación de las aguas [...]', para luego, sin dar mayor explicación, cita a Santiago Montt, quien sostiene que la naturaleza jurídica del dominio público 'sólo puede ser desentrañado en términos positivos y en su real dimensión del Derecho Público, y más específicamente en el del Derecho Administrativo'". Saavedra (2009), p. 206.

[25] STC, rol n.º 260, de fecha 13 de octubre de 1997, en que declaró: "En otras palabras, y aunque resulte obvio expresarlo, la Constitución asegura el dominio no sobre las aguas mismas,

La modificación introducida al *Código de Aguas* por la Ley n.° 21435, de 6 de abril de 2022, consideró una modificación al texto del artículo 5.°, agregándole un inciso 2.° que dispuso:

> "En función del interés público se constituirán derechos de aprovechamiento sobre las *aguas, los que podrán ser limitados en su ejercicio, de conformidad con las disposiciones de este Código*";

y, asimismo, en su nuevo inciso 3.°, se dispuso:

> "Para estos efectos, se entenderán comprendidas bajo el interés público las acciones que ejecute la autoridad para resguardar el consumo humano y el saneamiento, la preservación ecosistémica, la disponibilidad de las aguas, la sustentabilidad acuífera y, en general, aquellas destinadas a promover un equilibrio entre eficiencia y seguridad en los usos productivos de las aguas".

De tal modo, para el legislador del año 2022 hay un "interés público" que justifica la "constitución" de los derechos de aprovechamiento de aguas a favor de los particulares y otro "interés público" que permite a la autoridad implementar acciones que limiten dichos derechos, lo que abre la interrogante si ello consagra intereses distintos, que pueden ser jerarquizados o, simplemente, se trata de una mala redacción legislativa. Nos inclinamos por esta segunda alternativa, pues nos resulta obvio que la autoridad, al momento de otorgar el derecho de aprovechamiento de aguas al particular que así lo solicite y cumpla con los requisitos legales, deberá ponderar que ese derecho concedido no perjudique el uso común de las aguas, considerando los elementos allí mencionados, todos ellos en resguardo del "interés público".

Definido que las aguas forman parte del "dominio público", surge de allí una nueva interrogante: ¿De quién son esos bienes?

En nuestro derecho, Fernando Atria y Constanza Salgado señalan que el "dominio público" está compuesto por bienes que, reservados por ley, han quedado sujetos a la titularidad del Estado con el fin de satisfacer una necesidad pública, evitando que esta quede condicionada a la voluntad de los particulares, agregando que "el Estado es la personificación jurídica de la Nación"[26].

que constituyen bienes nacionales de uso público, sino sobre el derecho de aprovechamiento de ellas constituido en conformidad a la ley" (considerando 8.°). Asimismo, en STC, n.° 1281, de fecha 13 de agosto de 2009, declaró, en el considerando 18.°: "[...]Las aguas, como se verá, son bienes nacionales de uso público, incluidas las aguas subterráneas. Sobre ellas no hay propiedad sino que se constituyen derechos de aprovechamiento. Enseguida, porque el empleo de este concepto jurídico no es para describir una realidad sensorial sino para determinar el objeto de protección [...]".

[26] Atria y Salgado (2015), p. 11.

Contra esa estimación, Alejandro Vergara Blanco –con quien concordamos– sostiene que los bienes de "dominio público" deben pertenecer a la nación toda, en quien reside la soberanía, y que por eso mismo la aleja de cualquier titularidad estatal. Señala que, cuando al legislador ha querido asignar la titularidad de un bien de dominio público al Estado, lo ha hecho expresamente, como ocurre con las minas en el artículo 19 n.° 24 inciso 6.°. De tal manera, las aguas, como bienes del "dominio púbico", son recursos o nacionales –o de todos, o comunes, si se quiere–, pero no estatales, por lo que, en definitiva, cabe considerarlas como un bien común autogestionado por sus usuarios[27].

2.- El acceso de los particulares al aprovechamiento de las aguas, mediante el ejercicio de un derecho real administrativo de aprovechamiento; y el nacimiento del derecho de dominio sobre las aguas aprovechadas

Como hemos señalado, en nuestro concepto, las normas del artículo 595 del *Código Civil* y 5.° del *Código de Aguas*, en cuanto disponen que todas las aguas (terrestres) son "bienes nacionales de uso público", no expresan adecuadamente la condición de "bien de dominio público" establecido implícitamente en la norma del inciso 11.° del numeral 24 del artículo 19.° de la Constitución, pues aquel concepto involucra la aplicación de un estatuto privado al campo del derecho público. No obstante, al menos coincide en la necesidad de un título "reconocido" u "otorgado" por el Estado/Administración para su aprovechamiento.

De tal forma, es posible concluir que el constituyente ha permitido al legislador "reconocer" o "constituir" derechos sobre las aguas, a favor de los particulares, los cuales, bajo la doctrina del "dominio público", tendrán la condición de "derecho real de aprovechamiento", pues solo esta figura explica adecuadamente la convivencia de un dominio público de las aguas y un *uti singuli* o utilización singular de ellas por los particulares, en una relación que no se agota con el acto de reconocimiento o de constitución del mismo derecho por la autoridad, sino que se extiende a toda la relación posterior.

El artículo 6.° del *Código de Aguas* declara formalmente la calidad de "real" del derecho del concesionario, haciéndolo consistir "en el uso y goce temporal de ellas", y supeditándolo a las reglas, requisitos y limitaciones que prescribe el *Código*. Agrega dicha norma que el derecho de aprovechamiento se origina de dos formas: en virtud de una concesión, de acuerdo con las normas del presente *Código* o por el solo ministerio de la ley.

Ni en el texto original del *Código de Aguas* de 1981, ni en la modificación introducida por la Ley n.° 21435 al artículo 6.° de dicho *Código*, se es-

[27] Vergara (2014).

pecificó qué tipo de derecho "real" era el de aprovechamiento sobre las aguas, pese a la Ley n.º 16640 –conocida como de la "reforma agraria"– introdujo expresamente al C*ódigo de Aguas* vigente en aquel año 1967 el concepto de "derecho real administrativo" de las aguas, aplicado al "derecho de aprovechamiento" que nacía del acto concesional. Ello, sin embargo, no implica desconocer dicha calidad de "derecho real administrativo", la cual está dada por su naturaleza.

Ahora bien, aunque el constituyente implícitamente ha establecido que sobre las aguas, considerada como una categoría de bienes de "dominio público", los particulares no pueden tener "dominio", sino solo un derecho de aprovechamiento respecto del cual si reconoce dominio, ¿es posible concebir un derecho de dominio sobre las aguas que han sido "aprovechadas" por el titular de ese derecho?

Para contestar dicha pregunta es necesario precisar que la existencia de un "derecho de aprovechamiento" sobre las aguas implica que, antes de su reconocimiento o constitución, el legislador ha desechado las consecuencias más gravosas que su ejercicio pudiera provocar en la utilización que el pueblo/nación tiene derecho a realizar colectivamente sobre esas aguas, en su condición de "bien de dominio público". En los usos comunes que un particular pueda realizar en o sobre las aguas, la Administración regula el ejercicio de ese derecho, con permisos o autorizaciones, cuidando que ello no impida ese uso común. Pero cuando lo deseado es un uso privativo del agua, la autoridad, entonces, debe constatar que este no afecte significativamente a aquel otro uso, colectivo, compatibilizando el *uti singuli* con el "dominio público" que sobre las aguas tiene el pueblo/nación/usuarios. Así lo ha señalado nuestro Tribunal Constitucional[28]

De manera semejante a lo que ocurre con las minas, sobre las aguas convivirán dos derechos sobre el mismo objeto de "dominio público", cual es el dominio público del pueblo/nación/usuarios, por un lado, y el derecho de aprovechamiento del particular a quien se le ha reconocido o constituido, siendo ambos perfectamente compatibles. La "inalienabilidad" de las aguas, como "bien de dominio público", se entiende como una prohibición absoluta de transferir

[28] STC, rol n.º 1281, de 13 de agosto de 2009: "[…] Asimismo, estos son bienes cuyo uso pertenece a todos los habitantes; son bienes sobre los cuales no hay propiedad sino uso. Dicho uso puede ser común o especial. El uso común significa que corresponde en general a todos, aunque se haga individualmente. Dicho uso es anónimo, temporal y no requiere título alguno. […] El uso privativo, por su parte, implica que la autoridad encargada de su administración entrega por actos específicos la ocupación del bien, temporalmente con un propósito de interés público, generalmente a título oneroso a un particular, quien puede excluir al resto de las personas que accedan a él. El uso privativo implica un uso exclusivo y excluyente del bien. Por eso, exige un título habilitante, que puede ser el permiso o la concesión".

a los particulares las facultades que aquella condición le otorgan al pueblo/nación/usuarios, pero no se refiere a las aguas cuyo aprovechamiento fue permitido, separado de su caudal mayor y efectivamente extraído, pues respecto de estas se produce una "desafectación". Como señalamos supra, el concepto de 'afectación' explica la condición de *dominio público* de las aguas, puesto que dicha condición no está dada por "su naturaleza", sino por un acto jurídico emanado de la autoridad que, motivado por un interés público ha declarado tal condición demanial. *A contrario sensu*, la "desafectación" consiste en sustraer un bien de su destino de bien de dominio público, haciéndolo salir de ese dominio para ingresar al dominio privado, sea del Estado o de los particulares.

De tal modo, ya sea que el derecho de aprovechamiento sobre las aguas sea "reconocido" o "constituido" por la autoridad, tal acto entraña, también, la declaración de "desafectación" de aquella porción, parte o cantidad de dicho caudal de agua de dominio público que es extraída materialmente por el particular titular del derecho, que hace posible la apropiación por parte de este del agua desafectada, dejando subsistente el dominio público sobre el caudal de "aguas" del que procede.

Así, no es la esencia material del agua la que cambia al ser aprovechada por el particular, separándola de su caudal mayor, sino su condición jurídica, al haber operado respecto de esta parte una "desafectación" de su condición de bien demanial, por lo que resulta perfectamente posible atribuir un derecho de propiedad a los particulares sobre el agua desafectada, sin por ello negar o contradecir el dominio público que sobre "las aguas" de que aquella formaba parte mantenga el pueblo/nación/usuarios. La doctrina extranjera señala que la "desafectación" de un bien de dominio público ha dejado de ser excepcional, señalándose:

> "Ya que el principio de la inalienabilidad tiene hoy en día por función garantizar la afectación del bien a la utilidad general, basta con que un bien determinado no quede más afectado a la utilidad general, para que él pueda ser enajenado"[65].

Desde el punto de vista formal, la "desafectación" comentada se produce en virtud de lo dispuesto en los artículos 5.° y 6.° del *Código de Aguas*, que establecen el derecho para usar y gozar de las aguas objeto del derecho de aprovechamiento, el cual puede ser "reconocido" o "constituido" por la autoridad conforme a la ley, según lo dispuesto en el artículo 19 n.º 24 inciso 11.° de la Constitución; conllevando ese "uso y goce" el aprovechamiento del agua que se ha autorizado a extraer, que pasa con ello a "desafectarse" de su condición de bien de dominio público.

Como corolario de lo anterior, puede afirmarse que, a diferencia de lo que ocurre entre el "dominio público" y el "derecho real administrativo" que pueda

existir sobre las aguas –los cuales se ejercen sobre un mismo bien afectado al dominio público, como son "las aguas", coexistiendo ambos de manera independiente– el derecho de dominio que puede invocar el titular de un derecho de aprovechamiento sobre el agua aprovechada (extraída) no coexiste con otro, ya que se ejerce sobre un bien privado, cuya desafectación es declarada por la ley o el acto concesional que reconoce o constituye ese derecho de aprovechamiento. El "derecho real administrativo de aprovechamiento" que el titular ejerza terminará parcialmente, entonces, en el instante preciso en que dicho titular, o quien este autorice, extraiga el agua que se le ha permitido aprovechar, quien será "propietario" solo respecto de ese caudal extraído, conservando sus plenas facultades de aprovechamiento sobre todo el resto del caudal reconocido o concedido, que aún no ha sido extraído. A partir de esa extinción parcial del derecho de aprovechamiento comenzará el ámbito del derecho de dominio sobre las aguas aprovechadas. Donde aquel termina comienza este, no siendo válido, en consecuencia, estimar que uno "comprenda" a otro.

La existencia de la norma del inciso 11.° del número 24 del artículo 19 de la Constitución corrobora todo lo anterior, pues ningún sentido tendría el haber extendido la garantía de protección de la propiedad a un derecho real que comprendiera también el dominio.

III. Régimen legal de las aguas utilizadas por la industria minera

1. El régimen legal de las aguas se refiere únicamente a las aguas terrestres

Como señalaremos infra, en nuestro país el aprovechamiento de aguas para fines productivos solo tiene un régimen legal tratándose de las aguas terrestres, ya sean superficiales o subterráneas, teniendo todas la naturaleza jurídica de "bien público", según lo define el artículo 5.° del *Código de Aguas*. Así lo señala expresamente el artículo 1.° del *Código de Aguas,* al señalar que las disposiciones de ese *Código* solo se aplican "a las aguas terrestres".

Las aguas marítimas, que también son utilizadas en la industria minera, saladas y desaladas, no tienen aún un régimen legal que regule su aprovechamiento para fines productivos. Por tal razón, en este trabajo nos referiremos solo al régimen legal actual relativo a las aguas terrestres utilizadas por la industria minera, reservando el estudio de aquellas otras para un siguiente artículo.

2. *La concesión minera, como requisito habilitante para el ejercicio de la actividad minera y su posterior acceso al aprovechamiento de aguas*

Según COCHILCO, el consumo de agua terrestre por parte de la minería de cobre –es decir, la que proviene de fuentes subterráneas, superficiales y de terceros–, fue de 12,09 de m^3 por segundo[29], dato al cual debe sumársele el consumo de agua para el procesamiento de otros minerales metálicos y no metálicos, de 1,68 m^3 por segundo, lo que arroja un resultado total de 13,77 m^3 por segundo, revelando una tendencia a la baja respecto de los años anteriores.

Como ya señalamos, las aguas terrestres, sean superficiales o subterráneas, tienen una naturaleza jurídica de "bien de dominio público", lo cual exige, para su aprovechamiento, de un título de explotación, el cual, a diferencia de lo que ocurre con las minas, puede ser una concesión administrativa (régimen general) como, así también, el solo ministerio de la ley (estatuto especial para la minería).

En ambos casos, para que una persona natural o jurídica utilice aguas en faenas o propósitos mineros se requiere, de perogrullo, que a lo menos la empresa mandante o titular del proyecto sea titular de una o más concesiones mineras. La actividad minera, como destino específico de las aguas aprovechadas, se distingue de las demás actividades productivas, que también las consumen, por sus especiales características y, además, por su especial estatuto jurídico. Pese a ello, la actividad minera integra la función "productiva" que establece genéricamente el artículo 5.° bis del *Código de Aguas*, introducido por la Ley n.º 21435, la cual expresamente se ubica en el último lugar de la priorización allí establecida.

Como bien se sabe, la industria minera requiere que, quien la desarrolle, tenga acceso a la riqueza minera que se encuentra en las entrañas de la tierra, las minas, sobre las cuales históricamente también se les ha reconocido un "dominio público" del Estado o nación, en sus distintas manifestaciones político-jurídicas. La llave de acceso a esa riqueza ha sido históricamente, también, la "concesión", que consiste en un acto de autoridad que permite la utilización singular de parte de esa riqueza minera a un particular, cumpliendo determinados requisitos.

Otorgada dicha concesión sobre las minas, nace para el concesionario un derecho, que al igual que aquel otro que se reconoce sobre las aguas, tiene la calidad de un "derecho real administrativo de aprovechamiento"[30].

En consecuencia, para acceder a la utilización de las aguas en la producción minera, las empresas deben ser titulares, previamente, de derechos mineros emanados de las concesiones que le sean otorgadas.

[29] Montes y Ramírez (2021).

[30] Vergara (2004b), p. 112 y (1992a), p. 260. También en Claussen (2010), pp. 1-34.

Con ese título concesional habilitante previo, las empresas mineras están sometidas, para aprovechar las aguas, al régimen general establecido en el inciso 11.° del numeral 24 del artículo 19.° de la Constitución, esto es, pueden aprovecharlas aquellas que la autoridad le "reconozca" y también aquellas que "constituya", estando protegido su derecho, en ambos casos, con la garantía de dominio.

3. La utilización de aguas terrestres a través del régimen concesional

3.1. Origen histórico del aprovechamiento por vía concesional

Para sus fines productivos, las empresas mineras han utilizado las aguas terrestres principalmente a través del ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas otorgados por la autoridad administrativa competente (Dirección General de Aguas), tanto los otorgados de manera originaria a las respectivas empresas mineras como aquellos adquiridos de otros titulares, todo ello conforme a la legislación general aplicable a todas las actividades productivas, sujeto al régimen concesional general.

De manera semejante a lo ocurrido con las minas, la vertiente histórica del actual régimen legal sobre las aguas terrestres se entronca con el derecho romano clásico y posclásico –y en particular, respecto a su utilización para fines mineros, con el derecho provincial romano– el que fue recogido posteriormente por el derecho medieval hispánico, luego al derecho indiano y finalmente hasta nosotros, en nuestras leyes republicanas.

En el derecho romano clásico, seguido después por el justinianeo, se estableció la noción de "*res publicae*" para referirse a los ríos, sin que fuera necesario un acto especial de publificación que así lo declarara, ya que, según Ulpiano, tal carácter lo daba exclusivamente su perennidad[31], es decir, que no fuera intermitente. Las corrientes menores y los ríos intermitentes se consideraron "*res privata*". Sobre esas aguas publicas la doctrina estima que se reconoció un derecho de aprovechamiento libre para uso humano y animal, en tanto que para otros fines –normalmente para beneficio de un predio– como una "derivación", que requería de concesión otorgada por la autoridad[32].

En el derecho provincial romano se encuentra una norma vinculada a las aguas para fines específicamente mineros, que reconocía implícitamente el aprovechamiento de aguas en favor de los concesionarios mineros (así con-

[31] Lazo (1999), pp. 65-74.

[32] *Op. cit.*, capítulo IV.

siderados por vez primera en ese derecho), que eran conducidas a través de un canal de agua denominado "*cuniculus*"[33].

En el derecho foral español se conservaron las disposiciones de la legislación romana, más o menos adaptadas a las regiones sobre las que regía, destacando la recepción en las Leyes 3, 4, 6, 7, 8, 13 y 15 de *Las Siete Partidas*[34], la cual fue enriquecida por el aporte del derecho musulmán[35].

En el derecho indiano, la fuente más importante de textos jurídicos en relación con el derecho de aguas se encuentra en la *Recopilación de Leyes de las Indias*, en la *Nueva Recopilación de Leyes de Castilla* y en la *Novísima Recopilación de Leyes de España*, además de algunos ordenamientos locales –como las *Ordenanzas de Don Francisco de Toledo* acercó de la distribución y conservación de las aguas– y el derecho consuetudinario. Alejandro Vergara Blanco señala que, en un inicio, los textos indianos parecen separarse de sus precedentes castellanos (y aun romanos por la vía de las *Partidas*), considerando a todas las aguas como comunes, destinadas a un uso común, pero, posteriormente, se consideran las aguas son *ius regalia*, que conllevaba la existencia de un procedimiento concesional para el acceso de los particulares al aprovechamiento de las aguas, que recibió una variedad de usos terminológicos, siendo la expresión 'merced' la más generalizada[36].

En la legislación republicana chilena, desde los albores de nuestra independencia los particulares pudieron siempre acceder al agua, a través de derechos otorgados por la autoridad. Así, siguiendo la tradición indiana, ya en el año 1819 fue permitido que los "regadores" en manos de particulares pudieran ser transados; lo que fue complementado por ordenanzas municipales posteriores, que regulaban las "mercedes o permisos" para sacar agua de un río o estero. En el año 1857 el *Código Civil* reconoció el carácter de "bien nacional de uso público" a "los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales",

[33] Nos referimos a unas tablillas de bronce descubiertas en las postrimerías del siglo XIX y comienzos del siglo XX, que datan del siglo II d.C, denominadas habitualmente como Vipasca I y Vipasca II (del topónimo Vipasca, distrito minero provincial ubicado en la localidad de Aljustrel, actual Portugal), las cuales aportaron claridad sobre el sistema de adjudicación de pozos y explotaciones mineras provinciales de aquella época. Tales tablillas contienen la reglamentación fiscal romana en tiempos del emperador Adriano, las que, según Álvaro D'ors, adoptan la forma de una *Lex Dicta*, es decir, de una norma pública dada por el Emperador (o, incluso, por el municipio) para la administración de sus bienes patrimoniales. En los párrafos 14 a 18 de Vipasca II se menciona la existencia de un canal de agua de las minas o *cuniculus*, del cual Álvaro D'ors comenta que se trataría de un canal de traída del agua a Vipasca (qui aquam metallis subducet) para fines propiamente mineros, pudiendo ser, incluso, una instalación para el lavado del mineral. D'ORS (1991), p. 9.

[34] HERRERA (1960), p. 6.

[35] GUZMÁN y RAVERA (1998), p. 15.

[36] VERGARA (1992), pp. 311-332.

lo que fue modificado en el año 1967, al extenderse esa condición a "todas las aguas"; lo que fue reiterado en el C*ódigo de Aguas* de 1948, 1951 y el actual, de 1981.

El C*ódigo* actual estableció, en su texto original, un sistema de constitución de derechos de aprovechamiento a quien lo solicitara y cumpliera con los requisitos que allí mismo se establecían, sin establecer priorización en el uso del agua; y reconoció a los titulares de los derechos de aprovechamiento el "dominio" sobre los mismos, lo que se encontraba en perfecta armonía con lo dispuesto en el inciso 11.° del numeral 24 del artículo 19 de la Constitución. También estableció aquellos derechos que no eran constituidos por la autoridad, sino reconocidos por esta, por haber nacidos por el solo ministerio de la ley, cumpliendo de ese modo también el precepto constitucional antes mencionado.

El C*ódigo de Aguas* fue modificado en el año 1991 y en el año 2005, introduciendo en esta última importantes reformas, cuales fueron el asegurar caudales mínimos ambientales en las cuencas y crear patentes por no uso de las aguas.

En el presente año 2022, y luego de once años de tramitación en el Congreso Nacional, se dictó la Ley n.º 21435, que reformó el C*ódigo de Aguas*, uno de cuyos declarados propósitos fue el de reforzar el carácter de bien público del agua (en teoría privatista, "bien nacional de uso público"), a través de la modificación de los artículos 5 y 6, en cuyos nuevos textos se elude intencionalmente mencionar el derecho de dominio que los titulares tienen sobre sus respectivos derechos de aprovechamiento, lo que, sin embargo, resulta inocuo, debido a que tal protección está garantizado en la actual Constitución, estando pendiente la determinación que la ciudadanía haga al respecto, en la gestión de aprobación o rechazo de un nuevo texto constitucional. Por lo demás, resulta llamativo que el legislador, en la referida modificación, no solo haya mantenido la facultad de "expropiar" los derechos de aprovechamiento de aguas para satisfacer menesteres domésticos que se establecía en el texto original del artículo 27, sino que la haya ampliado, permitiendo al Ministerio de Obras Públicas no solo expropiar por dicha causal, sino, también, para satisfacer la conservación de los recursos hídricos, cuando no existan otros medios para obtener el agua, ordenando aplicar, en ambos casos, el procedimiento establecido en la Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones, o la norma que la reemplace. La conclusión que se sigue de ello es clara, cual es que si no existiera "dominio" de los titulares sobre su derecho, no podría existir "expropiación" del mismo.

La modificación legislativa recientemente introducida, además, privilegia el consumo humano, el saneamiento y uso humano de subsistencia y la preservación ecosistémica, antes de que las productivas, las cuales quedan re-

legadas al último lugar. Establece también la temporalidad de los derechos de aprovechamiento de aguas otorgados por la autoridad, excluyendo los reconocidos por el solo ministerio de la ley y los ya constituidos al momento de la vigencia de la modificación (disposiciones transitorias).

3.2. Objeto del derecho de aprovechamiento concesional

El objeto del derecho de aprovechamiento de aguas son las aguas mismas, lo que no se contrapone al "dominio público" que tiene el pueblo/nación/usuarios sobre las mismas, precisamente porque ese carácter permite que, junto con dicho dominio público, coexistan derechos reales de aprovechamiento de particulares, a quienes se les ha reconocido o constituido un *uti singuli* sobre dicha categoría de bienes públicos.

Como ya señalamos, el actual *Código de Aguas* –más aún con las modificaciones introducidas por la Ley n.º 21435, de abril de 2022– recoge muy pálidamente esa condición de "bien de dominio público" en armonía con los derechos reales administrativos que se les reconocen o constituyen a los particulares, conforme a la Constitución, pues utiliza una concepción civilista decimonónica de "bienes nacionales de uso público", que no recoge toda la riqueza del concepto desde el punto de vista del derecho público y que el *aggiornamento* introducido por la Ley n.º 21435 no logró superar.

El análisis completo de esa última reforma escapa al alcance de este trabajo, mas nos detendremos en un aspecto esencial, cual es el alcance dado al término 'agua', objeto del derecho de aprovechamiento cuyo otorgamiento se le reconoce a los particulares.

Así, al artículo 5.° del *Código* –cuyo texto original disponía que las aguas son bienes nacionales de uso público y que se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas– fue modificado de manera de precisar que tales aguas comprende "cualquiera de sus estados", lo que introduce una incertidumbre respecto de si aquellos estados que no son el líquido –esto es, el sólido y el gaseoso– también estarán sometidos al procedimiento concesional o, incluso, el de reconocimiento por el solo ministerio de la ley. Si bien la modificación prohibió constituir derechos de aprovechamiento sobre los glaciares –que son efectivamente aguas sólidas– no excluyó a las otras formaciones de agua sólida existentes, como lo es la nieve, icebergs, permafrost, etc. Tampoco excluyó expresamente el agua en estado gaseoso, como lo son las nubes. Por lo tanto, en virtud de dicha modificación, hipotéticamente se podría constituir derechos de aprovechamiento sobre todas esas aguas sólidas (que no sean glaciares) y las gaseosas, lo que, sin embargo, se estrella con otras normas del *Código* –como los artículos 2.°; 129 bis 6, 7 y 8; 140 n.º 3 y 263 n.ºs 4 y 5– que discurren sobre el agua solo en su estado líquido.

3.3. Procedimiento y autoridad encargada del procedimiento concesional

Conforme lo disponen el inciso final del artículo 142 e inciso primero del artículo 147 bis del *Código de Aguas*, el derecho de aprovechamiento se constituye mediante resolución de la Dirección General de Aguas (DGA), siempre que exista disponibilidad del recurso y fuere legalmente procedente o, bien, mediante decreto supremo del Presidente de la República, en el caso de que existan dos o más solicitudes sobre las mismas aguas.

Según lo dispone el artículo 298 del *Código de Aguas*, la DGA es un servicio público que forma parte de la Administración Central del Estado y depende del Ministerio de Obras Públicas. Es un servicio público centralizado, donde las atribuciones radican en el Director General de Aguas, quien tiene la representación legal del Servicio ante los tribunales de justicia (artículos n.° 300, 301 y 302). En la actualidad, la gran mayoría de las funciones y atribuciones que le entrega el *Código de Aguas* se radican en los directores regionales, quienes actúan por delegación de funciones del Director General de Aguas, manteniéndose en el nivel central la resolución de los recursos de reconsideración, los aspectos normativos, la supervigilancia y dirección general de su labor.

El procedimiento para constituir el derecho de aprovechamiento está contenido en el párrafo 2.° del título I, del libro II del *Código de Aguas*, a cuyo cumplimiento lo somete el artículo 23 del mismo cuerpo. Escapa del objetivo de este trabajo el análisis de dicho procedimiento, no obstante lo cual destacaremos un aspecto que ha generado críticas, cual es el plazo para su tramitación.

Conforme lo dispone el artículo 134 del *Código de Aguas*, la DGA debe emitir un informe técnico y dictar resolución fundada que dirima las solicitudes de aprovechamiento elevadas por los particulares en un plazo máximo de cuatro meses, a partir del vencimiento del plazo de treinta días concedido para oponerse a la presentación, lo que muy rara vez se cumple, siendo habitual que los procedimientos se extiendan, incluso, por años. A la luz de ello, Alejandro Vergara Blanco ha criticado el desempeño que ha tenido la DGA, señalando que esta domina con absoluto voluntarismo la administración del recurso hídrico a través de facultades y atribuciones que ella misma se otorga en virtud de su actividad regulatoria; y que ejerce la potestad regulatoria de manera exorbitante, toda vez que los órganos llamados a ejercer un control sobre ella, Contraloría General de la República y tribunales ordinarios de justicia, actúan con absoluta deferencia, dejando indefensos a los administrados[37].

[37] Vergara (2011), pp. 253-264.

Por su parte, Alberto Tala Japaz ha señalado que el procedimiento concesional que tiene a su cargo la DGA se caracteriza por la lentitud, burocracia y falta de claridad, lo que hace que los recursos hídricos queden cautivos en el fárrago de la burocracia estatal[38].

Ello ha sido declarado también por la jurisprudencia, quien ha concedido amparos económicos y acciones de protección, por la vulneración de la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, en contra de la DGA, al haber omitido resolución y haberse demorado excesivamente en los procedimientos sometidos ante dicho organismo, por cuanto "mantiene en la incertidumbre a los recurrentes al no otorgar el debido pronunciamiento a la solicitud", más aún si en situaciones similares se han resuelto en plazos menores a los que la autoridad ha otorgado al caso de los recurrentes[39].

La Contraloría General de la República, en reciente dictamen, acogió una reclamación en contra de la DGA ante retardo en la tramitación del respectivo procedimiento, señalando que, si bien los plazos contemplados en la ley para las actuaciones de la Administración por regla general no son fatales, los artículos 3.º, inciso 2, y 8.º de la Ley n.º 18575 imponen a los órganos de la Administración el deber de observar los principios de eficiencia, eficacia y de accionar por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones, procurando la simplificación y rapidez de los trámites, como también la agilidad y expedición de los procedimientos administrativos (dictamen n.º 125384, de fecha 29 de julio de 2021)[40].

3.4. Carga impuesta al concesionario

Se suele señalar, como acerva crítica, que la constitución del derecho de aprovechamiento es gratuita, y que ello contraría su condición de "bien nacional de uso público"[41].

---

[38] Tala (1999), p. 52.

[39] Corte de Apelaciones de Valparaiso, causa rol n.º 3770/2015 (Protección), sentencia de 19 de noviembre de 2015; Corte Suprema, causa rol n.º 35483/2015 (Apelación). Sala Tercera (Constitucional) de 3 de marzo de 2016.

[40] El dictamen agrega: "Considerando que el recurso de que se trata fue deducido en el año 2013 y resuelto recién el presente año 2020, sin que se adviertan razones que justifiquen tal dilación, procede que esa Dirección, además de adoptar las medidas necesarias a fin de que los asuntos que se le presenten en lo sucesivo sean resueltos oportunamente, instruya un procedimiento disciplinario tendiente a establecer las responsabilidades administrativas comprometidas".

[41] Para Pablo Jaegger, uno de los rasgos principales del derecho de aguas chileno es la "Gratuidad en la obtención de los derechos de aprovechamiento y durante la permanencia de ellos en el patrimonio particular". Jaegger (2004). Por su parte, John Anthony Allen, geógrafo del King's College London, estima: "A los privados en Chile se les regaló el agua, básicamente", en entrevista al *Diario Financiero*, Santiago, 14 de mayo de 2010.

A nuestro juicio, ello no es efectivo, tanto porque no es completamente cierto que para los privados la constitución de un derecho de aprovechamiento de aguas haya sido y sea totalmente gratuito, como también porque el sistema original del *Código* de 1981 sufrió una poderosa modificación en el año 2005, que introdujo una carga permanente para el titular de los derechos, que hace que estos estén condicionados a su utilización, bajo sanción de caducidad.

Sostenemos que no es totalmente cierto que para los privados la constitución de un derecho de aprovechamiento haya sido gratuito, ya que, tratándose de constitución de derechos de aprovechamiento sobre aguas corrientes, las más de las veces ello requiere de la investigación, planificación y construcción de numerosas obras de captación, conducción, al almacenamiento y distribución de dichas aguas, a cuyo costo inicial se sigue el costo de su posterior mantención. Bajo el argumento de que el agua es un "bien de dominio público" –y más aún con la tesis privatista de que es un "bien nacional de uso público", de propiedad del Estado– todas esas obras, al menos en su mayor parte, debieran ser de costo de la nación o Estado, lo que la historia de nuestro país demuestra que no ha sido así[42]. Así, es un hecho que en nuestro país el Estado ha promovido la inversión de los particulares en ese tipo de infraestructura, eludiendo incurrir en gastos él mismo, lo que ha logrado a través de una serie de normas, incluyendo, en primer lugar, al *Código de Aguas* (que asume por cierta la existencia de tales obras) y, después, con una serie de otras normas que promueven e incentivan esa inversión privada, en lugar de la pública. En materia minera ello se vuelve tanto más evidente, puesto que, a pesar de que las minas son de propiedad del Estado/nación y que en su explotación existe un "interés público", el Estado nunca ha invertido en infraestructura hidráulica para proveer de agua a esa industria y a las comunidades cercanas a ella, ni menos la ha subsidiado, como sí lo ha hecho con la agricultura (como con la Ley n.° 18450, que fomenta la inversión privada en obras menores de riego y drenaje y promueve el desarrollo agrícola de los productores de las áreas beneficiadas).

Tratándose de la constitución de derechos de aprovechamiento sobre aguas subterráneas, lo anterior se hace aún más evidente, pues –como acerta-

[42] Existen casos emblemáticos, como lo ocurrido con Arturo Villalón Sieulanne, quien en las primeras décadas del siglo XX destinó toda su fortuna al desarrollo del regadío en el Valle del Limarí, que incluyó la construcción de canales y embalses de la zona. De él se dice: "Fue un hombre de muy buena posición económica, que lo dio todo por la prosperidad de la zona y que murió en la ruina por llevar su sueño adelante". Artículo "El legado de un visionario: Arturo Villalón Sieulanne", publicado en la página de Embalse Recoleta www.embalserecoleta.cl/el_legado_de_un_visionario.html

damente señala Alberto Tala Japaz– el sistema jurídico discurre, en relación con tales aguas, bajo el predicamento conforme al cual, no teniendo el Estado recursos financieros suficientes para la exploración y consecuente hallazgo de las mismas, cuestión de interés general o público, los mismos fines públicos deben ser conseguidos con medios privados[43], lo que obviamente no tiene ninguna compensación económica.

Señalamos que, además de la existencia de costos invisibles y previos al otorgamiento de los derechos de aprovechamiento, está el hecho de que a contar de la reforma del año 2005 el sistema original del *Código* de 1981 sufrió una poderosa modificación, que introdujo una carga permanente para el titular de los derechos, que hace que estos estén condicionados a su utilización, bajo sanción de caducidad. De esa forma, el Estado incorporó una carga a los particulares de utilización de las aguas concedidas, que claramente destruye cualquier atisbo de gratuidad en la conservación de sus respectivos derechos. Así lo considera también parte de la doctrina nacional[44].

3.5. Transferibilidad del derecho de aprovechamiento de aguas constituido y validez de la venta del agua aprovechada

El derecho de aprovechamiento de aguas es transferible, conforme lo autorizan expresamente distintas normas del *Código de Aguas* vigente. Así, conforme lo dispone el inciso 1.° del artículo 20 del *Código de Aguas* el derecho de aprovechamiento se constituye originariamente por acto de autoridad y la posesión de los derechos así constituidos se adquiere por la competente inscripción en el Conservador de Bienes Raíces correspondiente, habiendo incorporado la Ley n.° 21435 una frase final al referido inciso primero, la cual dispone:

> "El titular de un derecho de aprovechamiento inscrito podrá disponer de él con los requisitos y en las formas prescritas en este Código y demás disposiciones legales".

Ello es concordante con lo dispuesto en el artículo 6.° del *Código*, al señalar que el derecho de aprovechamiento "consiste en el uso y goce temporal de ellas" y, más explícitamente, en el artículo 21 del mismo, el cual dispone que la transferencia, transmisión y la adquisición o pérdida por prescripción

[43] Tala (1999), p. 52.

[44] Para Camila Boettiger: "En la reforma al Código de Aguas del año 2005, la característica de la gratuidad "se reformó", incorporando el Código costos de conservación del derecho, al establecer el pago de una patente por la no utilización total o parcial del derecho de aprovechamiento, la que si no es pagada puede llevar al remate y pérdida del mismo". Boettiger (2019), p. 43.

de los derechos de aprovechamiento se efectuará con arreglo a las disposiciones del *Código Civil*, salvo en cuanto estén modificadas por el mismo *Código*. Ello está, además, en perfecta armonía con lo dispuesto en el inciso 11.° del numeral 24.° del artículo 19 de la Constitución, que reconoce el dominio del titular del derecho sobre su derecho.

Al poder transferirse el derecho de aprovechamiento, el nuevo titular puede destinar las aguas a cualquier lugar que él lo desee y, asimismo, destinarlo a cualquier uso, aunque el destinado previamente por su tradente hubiese sido diferente. Ello es posible porque, pese a que el artículo 140 del *Código de Aguas* exige que la solicitud para adquirir el derecho de aprovechamiento contenga, entre otras exigencias, "el uso que se le dará a las aguas solicitadas", el inciso final del artículo 149 del mismo *Código* –introducido por la Ley n.° 20017, del año 2005– dispone:

> "Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 147 bis, el derecho de aprovechamiento constituido de conformidad al presente artículo, no quedará en modo alguno condicionado a un determinado uso y su titular o los sucesores en el dominio a cualquier título podrán destinarlo a los fines que estimen pertinentes".

Su nuevo titular debe informar a la autoridad de ese nuevo uso, pero su omisión es sancionado solo con multa, según lo dispone el inciso 5.° del artículo 6 bis del *Código de Aguas*.

Si bien no existe duda alguna, entonces, que resulta perfectamente posible transferir el derecho de aprovechamiento, hay quienes han cuestionado que su titular pueda vender las aguas aprovechadas en virtud de su respectivo derecho de aprovechamiento, lo que, según veremos, no tiene fundamento alguno.

Según hemos señalado supra, ya sea que el derecho de aprovechamiento sobre las aguas sea "reconocido" o "constituido" por la autoridad, tal acto entraña, también, la declaración de "desafectación" de aquella porción, parte o cantidad de dicho caudal de agua de dominio público que es extraída materialmente por el particular titular del derecho, que hace posible la apropiación por parte de este del agua desafectada, dejando subsistente el dominio público sobre el caudal de "aguas" del que procede. Por lo demás, si el ordenamiento ha permitido la venta del derecho de aprovechamiento, no se entiende la razón por la cual podría haber restringido la venta del agua aprovechada.

La falta de claridad del legislador en la determinación correcta de la naturaleza de las aguas ha llevado, incluso, a que algunos órganos de la Administración hayan estimado que la enajenación de aguas por parte del titular del

derecho "adolezca de objeto ilícito"[45]. Ello no tiene fundamento válido alguno, y solo refleja la profunda confusión que existe en esta materia.

4. La utilización de aguas terrestres a través del reconocimiento legal (no concesional o "por el solo ministerio de la ley")

En el *Código de Aguas* existen variadas disposiciones que establecen lo que la doctrina ha denominado "derechos de aprovechamiento adquiridos por el solo Ministerio de la Ley", y que corresponden a aquellos "reconocidos" por el legislador a los cuales alude el inciso 11.° del numeral 24 del artículo 19 de la Constitución. Estos son los siguientes:

i. El establecido en el artículo 10 del *Código de Aguas*, sobre las aguas pluviales que caen o se recogen en un predio de propiedad particular, que corresponde al dueño de este;
ii. El establecido en el inciso segundo del artículo 20, sobre las aguas que corresponden a vertientes que nacen, corren y mueren dentro de una misma heredad, que le corresponden al dueño del predio; y sobre las aguas de lagos menores no navegables por buques de más de cien toneladas; y de lagunas y pantanos situados dentro de una sola propiedad y en las cuales no existan derechos de aprovechamiento constituidos en favor de terceros, que se le reconoce al propietario de las riveras;
iii. El establecido en los artículos 44, sobre derrames que escurren en forma natural a predios vecinos, cuyo uso se autoriza sin necesidad de obtener un derecho de aprovechamiento, y 48, sobre drenajes, cuyo aprovechamiento se reconoce a favor de los beneficiarios del sistema; aunque la doctrina mayoritaria les niega el carácter de "derecho", si no solo de "uso";
iv. El establecido en el artículo 56, sobre el agua para las bebidas y usos domésticos de subsistencia, obtenido de un pozo cavado en suelo

[45] Nos referimos al Ord. n.° 1051, de 4 de mayo de 2011, del director del Servicio de Impuestos Internos, en respuesta hecha por la Universidad del Desarrollo y la Pontificia Universidad Católica de Chile sobre la aplicación del IVA a transacciones en la organización "Mercado Electrónico de Aguas" (MEDA), en la cual sostiene dicha autoridad: "[...] esta distinción (entre consuntivos y no consuntivos) importa porque, según la doctrina (citando a Guzmán (1995)), el derecho consuntivo, al permitir la disposición material de su objeto –el agua– presentaría problemas para conciliarse con el dominio de la Nación toda, sobre las aguas"; agregando: "[...] dada su naturaleza de bien nacional de uso público, a pesar que el derecho real de aprovechamiento de aguas habilita a su titular para usar y gozar de determinadas dotaciones de aguas expresadas en volúmenes por unidad de tiempo y disponer del derecho real mismo, la enajenación del recurso hídrico adolecería de objeto ilícito".

propio, aunque de ello resulte menoscabarse el agua de que se alimente algún otro pozo, asignándosele al propietario del terreno, pero estableciendo que si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegarlo; y

v. El establecido en el artículo 56 bis del *Código*, creado por la Ley n.° 21435, sobre las aguas halladas por los concesionarios mineros en las labores de exploración y de explotación minera, en la medida que sean necesarias para las faenas de explotación y sean informadas para su registro a la Dirección General de Aguas.

Estando focalizado el presente trabajo en los derechos de agua que la industria minera requiere para su operación, nos centraremos en analizar solo este último derecho de aprovechamiento, llamado habitualmente "aguas del minero".

Adicionalmente a ello, analizaremos también el caso de los derechos de aprovechamiento que el artículo 88 del *Código de Minería* del año 1932 reconocía a los concesionarios mineros el:

> "Aprovecharse de las causas que corren por cauces artificiales o naturales, para la bebida de los operarios y animales y para el movimiento de las máquinas de explotación y beneficio"

y el uso de aguas "que corran por cauces naturales, en el beneficio de los productos de su mina", el cual podía extenderse a los cauces artificiales "si estuvieran agotadas las aguas de los cauces naturales"; pues respecto de ellos se ha planteado la posible subsistencia de los mismos, con posterioridad a la promulgación del *Código de Aguas* actualmente vigente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 111 del *Código de Minería* y artículo 1.° transitorio de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras.

4.1. Las "aguas del minero"

4.1.1. Justificación

Es usual que en la explotación de las minas aparezcan fortuitamente aguas subterráneas, las que, la mayor parte del tiempo, representan una carga, pues ello obliga a desaguarlas, por razones operacionales y de seguridad; pero históricamente el legislador ha permitido su aprovechamiento, estableciendo un derecho sobre las mismas. La justificación de ello es que, si bien el afloramiento de esas aguas en las labores mineras puede generar inconvenientes, tanto en operaciones a rajo abierto como subterráneas (seguridad, operacionales, medioambientales), también su uso puede permitir el desarrollo de

esas operaciones de mejor manera, incorporándolas a los distintos procesos. Se tratan de aguas no buscadas, que surgen espontáneamente. Su caudal es variable y su calidad también es variable. Estas aguas representan poco más del 10 % de la extracción total de agua que realiza la minería.

Actualmente, se encuentran reglamentadas en dos normas contenidas en dos distintos *Códigos*, como son el artículo 56 bis del *Código de Aguas* (introducido como tal por la Ley n.° 21435) y el artículo 110 del *Código de Minería*, estando este último conectado con el artículo 8.° de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras, el cual dispone en su inciso final que "los titulares de concesiones mineras tendrán los derechos de agua que en su favor establezca la ley".

4.1.2. Origen histórico[46]

Esta figura tuvo su origen en el artículo 945 del *Código Civil*, que estaba contenido en el título XIV, sobre "Algunas acciones posesorias especiales", del libro segundo, que estuvo vigente hasta el año 1951. Dicho artículo disponía:

> "Cualquiera puede cavar en suelo propio un pozo, aunque de ello resulte menoscabarse el agua de que se alimenta otro pozo: pero si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegarlo".

Este artículo, a su vez, tuvo su inspiración en reglas romanas y medievales.

En el *Código de Minería* de 1874 se dispuso, en su artículo 9°: "Las aguas procedentes de los trabajos subterráneos de las minas pertenecen a éstas".

Tanto el *Código* de 1888 como el del año 1932 mantuvieron esa misma norma, en sus artículos 9.° y 85, respectivamente.

En el año 1951 se dictó el primer *Código de Aguas* nacional, en cuyo artículo 54 se estableció:

> "Corresponde a los dueños de pertenencias mineras, carboníferas, salitreras o petrolíferas, dentro de ellas, el aprovechamiento de las aguas halladas en sus labores, mientras conserven el dominio de sus pertenencias y en la medida necesaria para la respectiva explotación".

El *Código de Aguas* de 1967 mantuvo, en su artículo 67, casi inalterado el antiguo artículo 54 del *Código* anterior, modificando solo la palabra 'aprovechamiento' por la expresión 'uso'.

[46] Un completo análisis del origen histórico de esta institución se encuentra en VERGARA (1999b), p. 162. En este trabajo expondremos un breve resumen de lo allí indicado.

El C*ódigo de Aguas* de 1981 estableció, en el inciso 2.° del artículo 56:

> "Corresponde a los dueños de pertenencias mineras, dentro de ellas, el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en sus labores, mientras conserven el dominio de sus pertenencias y en la medida necesaria para la respectiva explotación".

En el año 1983 se dictó el C*ódigo de Minería*, en cuyo artículo 110 –vigente hasta hoy– dispone:

> "El titular de concesión minera tiene, por el solo ministerio de la ley, el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en las labores de su concesión, en la medida en que tales aguas sean necesarias para los trabajos de exploración, de explotación y de beneficio que pueda realizar, según la especie de concesión de que se trate. Estos derechos son inseparables de la concesión minera y se extinguirán con ésta".

En virtud de tales normas, el titular de una concesión minera que encontrare ("hallara") aguas en sus labores adquiriría el derecho de aprovechamiento sobre ellas por el sólo ministerio de la ley, sin intervención de la Administración, en la medida que ellas fuesen "necesarias".

Sobre los problemas surgidos con ocasión de la aplicación de esta norma, nos remitimos a los completos análisis jurisprudenciales que en nuestro derecho ha realizado por Daniela Rivera y Alejandro Vergara[47].

4.1.3 Modificación introducida por la Ley n.º 21435

Hasta antes de la modificación al C*ódigo de Aguas* las "aguas del minero" los textos de los artículos 56 del C*ódigo de Aguas* y 110 del C*ódigo de Minería* coincidían en lo fundamental, diferenciándose únicamente en que el artículo 56 del C*ódigo de Aguas* asignaba ese derecho de aprovechamiento a "los dueños de pertenencias" –que, como bien sabemos, corresponde a una de las dos clases de concesión minera existentes, de exploración y de explotación, también llamada "pertenencia"– en tanto que el artículo 110 del C*ódigo de Minería* reconoce ese mismo derecho al titular de ambos tipos de concesión y, por lógica consecuencia, extiende la necesidad requerida no solo a la explotación, sino, también, a la exploración, agregando adicionalmente al "beneficio" que pueda realizar. Sobre dicha diferencia entre textos surgió discusión doctrinal, que la mayoría interpretó a favor del artículo 110, por ser este posterior al artículo 56 del C*ódigo de Aguas*, ya que versando ambas sobre la misma materia, no

[47] Rivera y Vergara (2015).

podía aplicarse al caso la regla de la especialidad[48]. En igual sentido lo interpretó la jurisprudencia[49].

La Ley n.º 21435 eliminó el inciso segundo del artículo 56 del *Código de Aguas*, e introdujo un nuevo artículo dedicado exclusivamente a las "aguas del minero", el artículo 56 bis, cuyo texto es el siguiente:

> "Artículo 56 BIS. Las aguas halladas por los concesionarios mineros en las labores de exploración y de explotación minera podrán ser utilizadas por éstos, en la medida que sean necesarias para las faenas de explotación y sean informadas para su registro a la Dirección General de Aguas, dentro de noventa días corridos desde su hallazgo. Deberán indicar su ubicación y volumen por unidad de tiempo y las actividades que justifican dicha necesidad. En caso de haber aguas sobrantes, igualmente deberán informarlas. El uso y goce de estas aguas se extinguirá por el cierre de la faena minera, por la caducidad o extinción de la concesión minera, porque dejen de ser necesarias para esa faena o porque se destinen a un uso distinto.
>
> El uso y goce de las aguas referido en el inciso anterior no podrá poner en peligro la sustentabilidad de los acuíferos en conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 bis, o los derechos de terceros, lo cual deberá ser verificado por la Dirección General de Aguas, la que deberá emitir un informe técnico en el plazo de noventa días corridos, contado desde la recepción de la información señalada en el inciso anterior. El referido informe deberá considerar la evaluación ambiental a la que se refiere el inciso cuarto de este artículo. Dicho plazo podrá ser prorrogado

[48] Alburquenque (1999), pp. 19-24. En igual sentido, Rivera y Vergara (2015), informe en derecho para la colecciones jurídicas de la Corte Suprema.

[49] Corte Suprema, sentencia de fecha 12 de noviembre de 2013, causa rol n.° 6997/2012 (Otros). Sala Primera, la que señala: "Que del sólo tenor de las disposiciones contenidas en el artículo 56 inciso segundo del Código de Aguas y 110 del Código de Minería, se constata que la situación regulada en el primero queda comprendida en el segundo, en razón que este último es más amplio que el primero, en cuanto al contenido del derecho que reconoce, pero no en relación a su ejercicio –que continúa regido por el estatuto de aguas y los principios que lo informan […]"; (/) y "[…] que, si bien el artículo 244 del Código de Minería, posterior al Código de Aguas, contempla la derogación de toda disposición contraria o incompatible con sus preceptos, tal efecto no se advierte en la especie en relación a la regulación contenida en el artículo 56 inciso segundo del Código de Aguas, desde que no se aprecia una antinomia o contradicción entre ellas, sino únicamente que el artículo 110 del cuerpo legal que rige la actividad minera reconoce título sobre las aguas halladas en las labores mineras de exploración, explotación o beneficio […] En sustento de dicha posición, se ha entendido que el artículo 110 del Código de Minería, al señalar que el derecho de aprovechamiento se tiene 'según el tipo de concesión de que se trate', inequívocamente reconoce que comprende las de exploración, explotación y beneficio […]".

solo por una vez y justificadamente. En caso que se verificare una grave afectación de los acuíferos o a los derechos de terceros a consecuencia de estos aprovechamientos, la Dirección General de Aguas limitará su uso.

La Dirección General de Aguas, por resolución, determinará las formas, requisitos y periodicidad en que se deberá entregar la información, incluyendo un procedimiento simplificado para la minería artesanal y pequeña minería, de conformidad con lo establecido en el inciso segundo del artículo 142 del Código de Minería.

Lo expresado en el presente artículo, no obsta que en la exploración o explotación se aplique la correspondiente evaluación ambiental, conforme a la ley N° 19.300 y su reglamento, como también respecto de su seguimiento y fiscalización, con el propósito de evaluar la sustentabilidad de la explotación del recurso".

A partir de ese momento, la correspondencia que existían en esos dos cuerpos normativos se rompió, pues el legislador de aguas introdujo una serie de exigencias adicionales, distintas a la del texto del artículo 110, que se mantuvo sin modificación. Aplicando el mismo criterio que fue utilizado por la doctrina y la jurisprudencia para resolver cual norma prevalecía (entre el artículo 56 del *Código de Aguas* y el 110 del de *Minería*), ya analizado, entendemos que la norma del artículo 56 bis del *Código de Aguas* prevalece por sobre el artículo 110 del *Código de Minería*, por ser aquel posterior y no aplicarse la regla de la especialidad.

4.1.4. Contenido del nuevo artículo 56 bis y críticas al mismo

Como se señaló, el nuevo artículo 56 bis eliminó el carácter de "derecho por el sólo ministerio de la ley" que el anterior inciso 2.° del artículo 56 establecía respecto de las aguas de minero, y lo reemplazó eufemísticamente por una mera "utilización", con el claro propósito de precarizar el estatus que la legislación anterior le reconocía, fundado en el "reconocimiento" que el inciso 11.° del numeral 24 del artículo 19 de la Constitución le encomendó al legislador.

Los derechos por el solo ministerio que los mineros tenían sobre las aguas halladas en las labores de sus respectivas concesiones a la fecha de entrada en vigencia de la Ley n.° 21435, 6 de abril de 2022, tienen la calidad de "derechos reconocidos" a que alude el inciso 11.° del numeral 24 del artículo 19 de la Constitución, por lo que a ellos también les resulta aplicable lo dispuesto en el artículo primero transitorio de la Ley n.° 21435, el cual dispone: "Los derechos de aprovechamiento reconocidos o constituidos antes de la publicación de esta ley [...] continuarán estando vigentes". Por tal razón, es-

timamos que el cambio de estatus jurídico de las "aguas del minero" establecido en el nuevo artículo 56 bis solo resulta aplicable a las concesiones mineras constituidas con posterioridad a la vigencia de dicha modificación, pues las concesiones mineras anteriores a ello ya tienen incorporadas, dentro de su estatuto legal, el "derecho de aprovechamiento" sobre las aguas halladas en sus labores.

El nuevo artículo 56 bis condiciona el "uso" de tales aguas halladas a que estas sean "necesarias para las faenas de explotación" y, además, que sean informadas a la Dirección General de Aguas (DGA) dentro de un plazo de noventa días, indicando su ubicación y volumen por unidad de tiempo y las actividades que justifican dicha necesidad. Así, la norma no considera la utilización de esas aguas para la "exploración" del yacimiento ni para el "beneficio" de los minerales ya arrancados, que son partes integrantes de la actividad minera, siendo precisamente el "beneficio" de los minerales a parte industrial de la actividad minera, que más ocupa agua sus procesos.

Asimismo, la norma obliga al concesionario minero a informar las aguas "sobrantes" (las que no se necesitan para la faena), lo que permitiría que cualquier tercero pudiera constituir derecho de aprovechamiento, sin otorgar al concesionario minero un derecho preferente ante la solicitud de ese tercero, como sí lo hace respecto al titular de derechos de aprovechamiento por el solo ministerio de la ley señalado en el artículo 20.° (vertientes que nacen, corren y mueren dentro de una misma heredad y aguas en lagos menores) en caso de subdivisión de los predios respectivos. Parece evidente que la constitución de un derecho de aprovechamiento por parte de un tercero dentro de una concesión minera producirá serios problemas para el ejercicio de las facultades inherentes al derecho del titular, lo que perfectamente podría haberse evitado con el reconocimiento de esa preferencia.

También la norma establece que el uso y goce de estas aguas se extinguirá por el cierre de la faena minera, por la caducidad o extinción de la concesión minera, porque dejen de ser necesarias para esa faena o porque se destinen a un uso distinto. Respecto a la causal de "cierre de la faena", el artículo 56 bis no distingue si es cierre "final" o también "parcial" y, aparentemente, hace procedente la extinción aun cuando la concesión minera donde se hubiesen hallado las "aguas del minero" subsista, lo que otorga inestabilidad a la institución.

Además de ello, las otras causales de extinción –de que las aguas "dejen de ser necesarias" o que "se destinen a un uso distinto"– serán ponderadas por la DGA, lo que necesariamente debiera ser de competencia de los tribunales ordinarios de justicia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 19 n.° 24 inciso 8.° de la Constitución. Y ello, porque al ser las "aguas del minero" parte del estatuto legal de las concesiones mineras, lo que se dice del todo debe entenderse que se dice de cada una de sus partes.

Finalmente, la norma del artículo octavo transitorio de la Ley n.° 21435 –que aparentemente solo establece el plazo de quince meses, contados desde la entrada en vigencia de la ley, para informar a la DGA los volúmenes extraídos por los concesionarios en sus labores– esconde, en realidad, una nueva causal de limitación (que puede ser total) de las aguas que se estuvieran utilizando, al señalar que la DGA tendrá la facultad de "limitar fundadamente" el uso de las aguas informadas "en caso que se verificare una grave afectación del acuífero a consecuencia de estos aprovechamientos", lo que nuevamente queda a la discrecionalidad (o arbitrariedad) de la Dirección General de Aguas.

En resumen, la norma analizada adolece de serias deficiencias técnicas, que producirán posteriormente problemas interpretativos, socavando la seguridad jurídica que ha sido clave para el desarrollo de nuestra industria minera.

4.2. Las aguas que el antiguo artículo 88 del Código de Minería *de 1932 reconocía a los concesionarios mineros.*

4.2.1. Origen y contenido de la norma

El *Código de Minería* de 1932 incluyó, dentro de su título VIII párrafo II ("De los servicios que deben prestar los terrenos superficiales"), el artículo 88, el cual establecía:

> "Art. 88. El minero podrá, asimismo, aprovecharse de las aguas que corran por cauces artificiales o naturales para la bebida de los operarios y animales y para el movimiento de las máquinas de explotación y beneficio, quedando en esta parte sometido a la legislación sobre uso de aguas para fines industriales.
>
> Podrá también el minero usar las aguas que corran por cauces naturales en el beneficio de los productos de su mina, debiendo solicitar la respectiva merced en conformidad a las disposiciones legales.
>
> Si estuvieren agotadas las aguas de los cauces naturales de la región, el minero podrá utilizar, con igual objeto, las que corran por cauces artificiales, siempre que el resto de las aguas no resulte de insuficiente para el uso a que están destinadas.
>
> Para el aprovechamiento de las aguas con los fines indicados, podrá el minero ejecutar en los predios superficiales las obras que fueren necesarias".

El origen de esta norma se encuentra en el artículo 14 título 6.° de las *Ordenanzas de Nueva España*, que luego fue recogido por artículo del 8.° del *Código de Minería* de 1874 y, asimismo, por igual artículo del *Código* de 1888.

4.2.2. Naturaleza jurídica del derecho concedido por el artículo 88

El referido artículo estaba incluido dentro del párrafo "De los servicios que deben prestar los terrenos superficiales", respecto de lo cual Julio Ruiz Bourgeois estimó que ello fue por una "timidez" no justificada del legislador, pues lo correcto era haber empleado la palabra 'servidumbres'[50] para referirse a lo allí normado, no obstante lo cual, al tratar el articulo 88, el mismo autor señaló:

> "En el artículo 88 hay no sólo servidumbres, sino también el reconocimiento directo a favor del minero de un derecho a obtener merced de aguas; servidumbres y derechos que estarán complementados con la facultad del minero de ejecutar, en los predios superficiales, las obras que fueren necesarias a la utilización de las aguas (arts. 88, inciso 4.º del Código de Minas y 823 del Código Civil)"[51].

4.2.3. Derogación y aplicación ultractiva de dicha norma

El artículo 88 del *Código de Minería* de 1932 fue modificado por el artículo 11 de Ley n.º 9909 (que también aprobó el texto del *Código de Aguas* de aquel año 1951), agregándole un inciso final, cuyo tenor fue:

> "Las servidumbres sobre aguas que establece este Código se constituirán y ejercerán con arreglo a las disposiciones respectivas del Código de Aguas",

redacción que deja la duda acerca de si estuvo referida a todos los derechos comprendidos por el referido artículo 88 o solo a las "servidumbres" que allí se regulaban dejando fuera a las "mercedes de agua" también incluidas en él. A su vez, dicha ley incluyó, en el texto mismo del *Código de Aguas*, concretamente en su artículo 182:

> "Las servidumbres sobre aguas que establece este Código se constituirán y ejercerán con arreglo a las disposiciones respectivas del presente Código".

La modificación que dicha Ley n.º 9909 hizo al artículo 88 del *Código de Minería* de 1932 (además de otros cuerpos legales) no integró el texto del *Código de Aguas* que fuera aprobado por aquella misma, no obstante lo cual, atendido el tenor del artículo 182 del mismo *Código*, permite concluir su íntima relación. De allí que cobre importancia el artículo 300 del *Código*, el

[50] Ruiz (1949), p. 24.
[51] *Op. cit.*, p. 42.

cual dispuso que las disposiciones del mismo *Código:* "se aplicarán sin perjuicio de los derechos anteriormente adquiridos", especificando que subsistirían:

> "Los derechos de aprovechamiento que a la fecha de promulgación de este Código se hallen reconocidos por sentencia ejecutoriada y los que emanen: 1.- De mercedes concedidas por autoridad competente, sin perjuicio de lo prescrito en los artículos 307 y 308; 2.- De los artículos 834, 835 y 836 del Código Civil, con relación a los propietarios ribereños, y del artículo 944 del mismo Código, adquiridos durante la vigencia de estas disposiciones, siempre que estén en actual uso y ejercicio con obras aparentes, y 3.- De prescripción".

Por su parte, el artículo 308 del actual *Código de Aguas* (del año 1981) derogó el *Código* anterior de 1951, reproduciendo, con modificaciones menores, lo señalado en el artículo 300 del *Código* anterior.

En el año 1983 se dictó el actual *Código de Minería*, que derogó el *Código* anterior de 1932, y –dentro del párrafo 2.° del título VIII ("De los derechos y obligaciones de los concesionarios mineros")– incluyó el artículo 111, cuyo tenor es:

> "El uso de las demás aguas necesarias para explorar, explotar o beneficiar sustancias minerales se sujetará a las disposiciones del Código de Aguas y demás leyes aplicables".

Comentando estas disposiciones, Iván Obando[52] destaca que en la historia fidedigna del establecimiento de dicha norma del *Código* (refiriéndose al Informe de la Primera Comisión Legislativa de la H. Junta de Gobierno, de abril de 1983) se dejó constancia que el referido artículo 111 "se refiere a la materia que trata el artículo 88, del Código de 1932", concluyendo dicho autor que el artículo 111 del *Código* actual reemplazó el artículo 88 del *Código* anterior y, por otra parte, sustituyó el régimen legal desigual establecido en este último para el aprovechamiento o utilización de las aguas superficiales, procedentes de cauces naturales o artificiales, para las labores mineras, por un régimen legal uniforme para el uso de las demás aguas, agregando su opinión en cuanto a que ello:

> "No afecta sus similares hipotética y válidamente adquiridas bajo su vigencia, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes",

[52] Obando (2004), pp. 17, 161-183.

abriendo con ello una innovadora interpretación de dicha disposición, que permitiría obtener su reconocimiento judicial, a través del procedimiento sumarísimo establecido en el artículo 234 inciso 2.° del *Código de Minería*, y no por el procedimiento establecido en el *Código de Aguas*.

Bibliografía

Acosta, Alberto (2012): "Extractivismo y neo-extractivismo: Dos caras de la misma maldición". Diario digital *El Cronicón. El Observatorio Latinoamericano*) Disponible en https://cronicon.net/paginas/Documentos/paq2/No.23.pdf [fecha de consulta: marzo 2022].

Alburquenque Troncoso, Winston (1999): "Conflicto entre el concesionario de aguas y el concesionario minero". *Revista de Derecho de Minas*, n.º 9 (Universidad de Atacama).

Atria Lemaitre, Fernando y Constanza Salgado Muñoz (2015): *La propiedad, el dominio público y el régimen de aprovechamiento de aguas en Chile* (Santiago, Thomson Reuters).

Barcelona Llop, Javier (2000): "Consideraciones sobre el dominio público natural", en Francisco Sosa Wagner (ed.). *El derecho administrativo en el umbral del siglo xxi, Libro en homenaje al profesor Ramón Martín Mateo*, vol. 2 (Valencia, Tirant lo Blanch).

Betancor Rodríguez, Andrés (2001): *Instituciones de derecho ambiental* (Madrid, Editorial La Ley, 2001). También disponible en file:///C:/Users/carlo/Downloads/Dialnet-LosBienesPublicosEnElPensamientoDeAndresBelloYEnEl-7537614.pdf

Boettiger, Camila (2019): "Caracterización del derecho de aprovechamiento de aguas y propuestas de reforma". *Actualidad Jurídica*, n.° 40 (Santiago, Universidad del Desarrollo).

Cifuentes González, Cristian (2017): *Proyección de consumo de agua en la minería del cobre 2017-2028*. COCHILCO. Disponible en www.cochilco.cl/Mercado de Metales/2017 09 20.pdf

Claussen Calvo, Carlos (2010): "Acerca de la naturaleza jurídica del derecho emanado de la concesión minera". *Revista de Derecho de Minas, Aguas y Medioambiente*, n.º 10, pp. 1-34.

Cordero Quinzacara, Eduardo, (2017): "Los bienes públicos en el pensamiento de Andrés Bello y en el Código Civil chileno". *Revista Jurídicas*, n.º 14 (2). Disponible en file:///C:/Users/carlo/Downloads/Dialnet-LosBienesPublicosEnElPensamientoDeAndresBelloYEnEl-7537614.pdf

Crutzen, Paul J. & Eugene F. Stoermer (2000): "The 'Anthropocene' ". *Global Change Newsletter*, No. 41.

Domínguez Martín, Rafael (2021): "El extractivismo y sus despliegues conceptuales". *Revista RTR*, n.º 4. Disponible en https://doi.org/10.29393/rtr4-11EDRD10011

D'ors, Álvaro (1991): "Régimen jurídico de las concesiones mineras de la España romana: Los Bronces de Vipasca (texto, traducción y comentarios)". *Revista de Derecho de Minas y Aguas,* vol. iii (Universidad de Atacama).

Espinoza, M., C. Ramírez, R. Ferrando y J. Álvarez. (2015): "El extractivismo minero en Chile: Una crítica a la ideología del crecimiento económico". Disponible en https://biblioserver.sernageomin.cl/opac/datafiles/14905_v3_pp_473_476.pdf [fecha de consulta: marzo 2022].

Fernández Cruz, José Ángel (2016): "La interpretación conforme con la Constitución: Una Aproximación Conceptual". *Ius et Praxis*, vol. 22, n.º 2, pp. 153-188. Disponible en www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122016000200006&lng=es&nrm=iso [fecha de consulta: 29 de abril de 2022].

Guaita, Aurelio (1982): *Derecho administrativo. Aguas, montes, minas* (Madrid, Editorial Civitas, 2ª edición).

Gudynas, Ernesto (2015): *Extractivismos. Ecología, economía y política de un modo de entender el desarrollo y la Naturaleza* (Cochabamba, CEDIB).

Guzmán Alcalde, Alberto y Ernesto Ravera Herrera (1998): *Estudio de las aguas* (Ediciones Congreso).

Guzmán Brito, Alejandro (1995): *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición).

Guzmán Brito, Alejandro (2001): *El derecho privado constitucional chileno* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso).

Herrera Donoso, Ana (1960): C*omentarios al Código de Aguas* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Jaegger Cousiño, Pablo (2004): "El innovador derecho de aguas chileno". *Revista del Abogado,* n.º 31 (Santiago, Colegio de Abogados de Chile).

Lazo González, Patricio (1999): "El régimen jurídico de las aguas y la protección interdictal de los ríos públicos en el derecho romano". *Revista Estudios Históricos Jurídicos*, n.º 21, pp. 65-74.

Marx, Karl (1980): *El capital, libro primero: El proceso de producción del capital* (México D.F., Siglo xxi), pp. 388 y 486.

Montes, Camila y Vania Ramírez (2021): *Proyección de consumo de agua en la minería del cobre.* COCHILCO. Disponible en www.cochilco.cl/Listado Temtico/Informe proyeccion consumo agua 2020-2032 rpi.pdf

Montt Oyarzún, Santiago (2002): *El dominio público: Estudio de su régimen especial de protección y utilización* (Editorial LexisNexis).

Novoa Vásquez, Laura (2014): *Agua: ¿bien público o privado?, 10 de octubre de 2014*. Ciper Chile. Disponible en www.ciperchile.cl/2014/10/10/agua-bien-publico-privado/

Obando Camino, Iván Mauricio (2004): "Las servidumbres relativas a las aguas que establece el Código de Minería". *Revista de Derecho*, pp. 17, 161-183. Disponible en https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502004000200007

Rivera Bravo, Daniela y Alejandro Vergara Blanco (2015): *Derecho de aguas comentario de la jurisprudencia de la Corte Suprema 2011-2014. El hallazgo de aguas en labores mineras. Delimitando un excepcionalísimo derecho de aprovechamiento de aguas* (Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho). Disponible en www.researchgate.net/publication/281237730_2015_El_hallazgo_de_aguas_en_labores_mineras_Delimitando_un_excepcionalisimo_derecho_de_aprovechamiento_de_aguas_Informe_en_Derecho_para_la_Corte_Suprema_disponible_en_httpdecspjudclindexphpinformesin

Ruiz Bourgeois, Julio (1949): *Instituciones de derecho minero chileno*, Tomo ii (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Saavedra Cruz, José (2009): "Las aguas como bien nacional de uso público". *Revista Justicia Ambiental*, año i, n.º 1 (Centro de Estudios Fiscalía del Medio Ambiente (FIMA)). Disponible en https://fima.cl/site/wp-content/uploads/2009/08/Aguas-bien-nacional-de-uso-publico-Jose-Saavedra-Cruz-2008.pdf

Tala Japaz, Alberto (1999): *Derecho de recursos naturales. Ambiente aguas minas* (Santiago, Ediciones La Ley).

Vergara Blanco, Alejandro (1992a): *Principios y sistemas del derecho minero* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Vergara Blanco, Alejandro (1992b): "Contribución a la historia del derecho de aguas, III: Fuentes y principios del derecho de aguas indiano". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 19, nº. 2, pp. 311-332.

Vergara Blanco, Alejandro (1999a): "Naturaleza jurídica de los 'bienes nacionales de uso público' ". *Ius Publicum*, n.º 3, pp. 82-83.

Vergara Blanco, Alejandro (1999b): "Reconocimiento Ipso Iure y ejercicio del especialísimo derecho de aprovechamiento de aguas halladas en labores mineras, ambas disposiciones resultan perfectamente compatibles". *Acta de las II Jornadas de Derecho de Minería* (Universidad Católica del Norte).

Vergara Blanco, Alejandro (2004a): "Público y privado ante la dogmática y la teoría del derecho. En especial, las disciplinas de bienes públicos, minas y aguas". *Revista de Derecho Público*, vol. 66 (Universidad de Chile), pp. 495-524.

Vergara Blanco, Alejandro (2004b): "La Summa Divisio de Bienes y Recursos naturales en la Constitución de 1980". *Ius Publicum*, n.º 12.

Vergara Blanco, Alejandro (2010): "La Summa Divisio Iuris público/privado de las disciplinas jurídicas". *Revista de derecho*, n.º 17(1), pp. 115-128. Disponible en https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532010000100005

Vergara Blanco, Alejandro (2011): *Actas de Derecho de Aguas*, N° 1 (Santiago, Abeledo Perrot-Legal Publishing), pp. 253-264.

Vergara Blanco, Alejandro (2014): "Las aguas son bienes comunes de los usuarios de cada rio, de cada acuifero". *Revista Riego y Drenaje*. Disponible en http://vergarablanco.cl/las-aguas-son-bienes-comunes-de-los-usuarios-de-cada-rio-de-cada-acuifero/

Wagner, Lucrecia (2020): "Extractivismo (América Latina, 2000-2020)". Disponible en www.teseopress.com/diccionarioagro/chapter/extractivismo/

Zuñiga Urbina, Francisco (2005): "Constitución y dominio público: Dominio público de minas y aguas terrestres". *Ius et Praxis*, n.° 11(2), pp. 65-101. Disponible en https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000200003

EMERGENCIA, TENDENCIAS Y DESAFÍOS DE LA LITIGACIÓN CLIMÁTICA

EMERGENCY, TRENDS AND CHALLENGES OF CLIMATE LITIGATION

Raúl F. Campusano Droguett[*]
Ignacio J. Carvajal Gómez[**]

Resumen: El objetivo de este trabajo es presentar ciertas reflexiones relevantes sobre el estado de la litigación climática en el mundo, como una herramienta para enfrentar la actual crisis del clima en el planeta. El trabajo está dividido en dos partes. La primera es una introducción en la que se considera la situación presente del cambio climático y de los litigios climáticos. La segunda es un análisis que comprende algunos de los aspectos más importantes de los casos Fundación Urgenda v. Reino de los Países Bajos (caso Urgenda) y Milieudefensie y otros v. Royal Dutch Shell (caso Shell), juicios que constituyen el foco principal de estos apuntes.

Palabras claves: Cambio climático, litigación climática, casos Urgenda y Shell.

Abstract: The objective of this work is to present certain relevant considerations on the state of climate litigation in the world, as a tool to face the current climate crisis on the planet. The work is divided into two parts. The first is a preliminary section wherein the state of the art on climate change and climate disputes is considered. The second is an analysis which considers some of the most important aspects of the cases Stichting Urgenda v. Kingdom

[*] Profesor titular de la Universidad del Desarrollo. Abogado de la Universidad de Chile. Master en Derecho, Universidad de Leiden, Países Bajos. Master of Arts en Estudios sobre la Paz Internacional, Universidad de Notre Dame, Estados Unidos. Director de posgrados Derecho UDD, Director académico Programa de Magister en Derecho Ambiental UDD. Correo electrónico: rcampusano@udd.cl

[**] Abogado de la Universidad Adolfo Ibáñez (UAI), Master in Business Law UAI, Magister en Derecho Ambiental, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: icarvajalg@udd.cl

of the Netherlands (Urgenda case), and Milieudefensie and others v. Royal Dutch Shell (Shell case).

Keywords: Climate change, climate litigation, Urgenda Case, Shell Case.

I. Introducción: Estado actual de la litigación climática

Hoy resulta un hecho de difícil discusión que el clima del planeta está cambiando y que aquello está ocurriendo a un ritmo más acelerado de lo que se había observado históricamente. Además, existe en la comunidad científica internacional, un amplio acuerdo sobre el papel fundamental que ha representado la influencia antrópica en la desestabilización del sistema climático, propiciando, en parte, el calentamiento global y la crisis climática, ambiental, sanitaria y social que se experimenta actualmente.

El Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC, por sus siglas en inglés), en su más reciente informe en la materia[1], confirma que el cambio climático es un fenómeno generalizado en el mundo, que avanza rápidamente y cuyos efectos adversos, que ya se aprecian a diario, están aumentando progresivamente en cantidad e intensidad. Dicho documento sostiene que, si bien se está en un punto decisivo, las acciones humanas todavía pueden determinar positivamente el curso futuro del clima y, por ende, de las condiciones de vida en el orbe para las generaciones venideras. Sin embargo, para estabilizar el clima planetario es necesario, junto a otras acciones, reducir de forma veloz, sostenida y a gran escala las emisiones de Gases de Efecto Invernadero (GEI), logrando mantener, en las próximas décadas, un calentamiento global dentro de los niveles máximos establecidos por la ciencia para evitar un cambio climático más peligroso[2], algo que, a la fecha y según las proyecciones actuales, parece un objetivo cada vez más lejano e inalcanzable[3].

Frente a esta compleja realidad e incierto porvenir, desde hace algunos años, en el ámbito internacional, se encuentran en ejecución importantes acuerdos en relación con algunos de los mayores retos globales del siglo XXI (por ejemplo: los Objetivos de Desarrollo Sostenible según la Agenda 2030, el Acuerdo de París sobre Cambio Climático y los Principios Rectores sobre las Em-

[1] Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, IPCC (2021).

[2] El Acuerdo de París establece un marco global respaldado por la ciencia para evitar un cambio climático peligroso, manteniendo el calentamiento global muy por debajo de los 2.°C y prosiguiendo los esfuerzos para limitarlo a 1,5.°C.

[3] Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, IPCC (2021).

presas y los Derechos Humanos –UNGP–). Además, se evalúan importantes iniciativas de autores (por ejemplo: los límites planetarios planteados por Johan Rockström, modelos de crecimiento económico alternativos como la Economía de la Dona, de Kate Raworth y la necesidad de una Constitución para el planeta Tierra de Luigi Ferrajoli), como también de organizaciones internacionales (por ejemplo: un pacto mundial por el medio ambiente - ONU).

Por su parte, los países han buscado diseñar, aprobar e implementar un conjunto de políticas públicas, planes, estrategias y medidas tendientes a impulsar el uso eficiente de los recursos naturales, mediante la transición hacia una economía más limpia y circular, restaurar la biodiversidad, hacer frente a la escasez hídrica y reducir la contaminación (por ejemplo: los Pactos Verdes o *Green Deals*). Lo anterior, ha incluido la aprobación de leyes nacionales enfocadas en regular ciertos temas importantes, como es el cambio climático, la descarbonización de la matriz energética, el incentivo de las energías renovables no convencionales, el establecimiento de impuestos verdes, y la producción y el uso del plástico.

Sin perjuicio de lo anterior, y no obstante la existencia de varios mecanismos internacionales y nacionales de acción en la lucha contra el cambio climático (por ejemplo: Mercado de Emisiones, Mecanismo de Ejecución Conjunta, Medidas Aprobadas para cada País, Contribuciones Determinadas Nacionales, Leyes Nacionales de Cambio Climático y Constituciones Políticas con un Mayor Enfoque hacia la Protección Ambiental), en las recientes décadas –y especialmente desde el año 2015 en adelante con el Acuerdo de París– la litigación climática ha ido tomando fuerza como una herramienta atractiva para los ciudadanos y las organizaciones de la sociedad civil. En general, con ella, se ha buscado superar determinados obstáculos y agilizar ciertos procesos relacionados como, por ejemplo, hacer frente a la baja ambición de los Estados y de las empresas frente al tema, la falta de acciones rápidas, concretas y efectivas, y la insuficiente fiscalización de las autoridades competentes. Así, cuando se ha estimado que la respuesta de los gobiernos no ha sido la requerida ni la que les corresponde en el ejercicio de sus funciones, las personas, que llevan años esperando tales medidas, las han exigido judicialmente en miras a la protección de sus derechos humanos. Asimismo, recientemente, se ha comenzado a hacer valer la responsabilidad de las grandes compañías contaminantes del mundo, debido a su carácter multinacional y a los dañinos efectos globales provocados con sus actividades económicas. Por todo ello, los esfuerzos para promover, exigir y concretar medidas de mitigación y adaptación al cambio climático, tanto en el ámbito público como privado, se han ido plasmando también en las sentencias de los tribunales de justicia.

De esta forma, en la medida que han aumentado, paulatinamente, las normas y derechos reconocidos por los tratados internacionales, las Cartas Fundamentales y las legislaciones nacionales en la materia, codificando tales respuestas al cambio climático, se han ido creando también nuevas interpre-

taciones y estrategias jurídicas frente al tema, a las que se hará referencia en el punto III de este trabajo. Con ello, este tipo de litigación se ha ido desarrollando para intentar avanzar, por esta vía, hacia los objetivos específicos que nos plantea este gran desafío mundial. Entre ellos, destacamos los siguientes:

a) Hacer efectiva la aplicación de las normas jurídicas pertinentes a casos concretos, tanto respecto de autoridades públicas como de empresas y de particulares;
b) Impugnar la aparente validez de estas;
c) Presionar a los legisladores y a los gobiernos para crear y establecer regulaciones, políticas públicas, fiscalizaciones y sanciones, que tengan estándares más altos y que sean más ambiciosas, exhaustivas y drásticas, debido al creciente sentido de urgencia que adquiere la crisis climática y
d) Llenar el vacío que ha dejado la inacción legislativa y de órganos regulatorios administrativos al respecto. Por estos y otros motivos, los órganos competentes, tanto nacionales como internacionales, se encuentran conociendo de un ascendente número de controversias sobre decisiones y medidas, adoptadas o que se estima debieron adoptarse, en vinculación con los actuales esfuerzos de mitigación y adaptación al cambio climático.

Si bien no existe un concepto acabado ni único de lo que es la litigación climática (sino, más bien, ciertas distinciones que tienen relación con clasificaciones de causas)[4], parece adecuado, para efectos de este trabajo, entender los "litigios del cambio climático", "litigios climáticos" o "litigación climática", como aquellos casos que han sido llevados ante instancias administrativas, judiciales o investigativas, que presentan cuestiones de hecho o de derecho de aspectos científicos del cambio climático o esfuerzos de mitigación y adaptación al cambio climático[5]. Por ende, se excluyen aquellos donde la discusión sobre estos temas resulta circunstancial e irrelevante para el futuro de la legislación en la materia[6].

[4] En general, entre otras categorías, los litigios climáticos pueden clasificarse: 1) Atendiendo a si este tiene o no al cambio climático como argumento central: litigios climáticos centrales, periféricos o incidentales; 2) Atendiendo a sus objetivos: litigación estratégica (para incidir en políticas públicas de un Estado en relación con el clima) y litigación de objetivos privados) y 3) Atendiendo a cuál es la materia sustantiva de la causa: mitigación, adaptación o daños. Chile sustentable (2021).

[5] Wilensky (2015), pp. 131, 134. Adopta la definición de "Litigación del cambio climático" ["Climate change litigation"] que formularon Markell & Ruhl (2012). Esta definición, considera la recopilación de casos que se incluyen en la tabla de litigación del cambio climático en países distintos a Estados Unidos, del Sabin Center for Climate Change Law y la base de datos de Climate Change Laws of the World, que mantienen conjuntamente el Sabin Center for Climate Change Law y el Grantham Research Institute en la London School of Economics.

[6] Si bien, comúnmente suele identificarse a dichos procesos con ciertas Palabras claves (por ejemplo: cambio climático, calentamiento global, cambio global, gases de efecto invernadero y

A la fecha, la mayor parte de los numerosos litigios climáticos se ha presentado en los países desarrollados del Hemisferio Norte, así como también en Australia y en Nueva Zelanda[7]. No obstante, los litigantes y tribunales del llamado Sur Global ya han comenzado a recurrir al progresivo número de teorías y planteamientos vinculados a la litigación sobre el cambio climático, buscando adaptarlas a su territorio respectivo, normativa aplicable y realidad particular. Además, es posible observar cómo los tribunales nacionales no solo están aplicando sus regulaciones constitucionales, legales y reglamentarias en la materia, sino que, además, están comenzando a recoger y aplicar, cada vez más, ciertas normas y principios del derecho internacional ambiental en las sentencias de los procesos sometidos a su decisión.

II. Fundación Urgenda v. reino de los Países Bajos

2.1 Los hechos y argumentación de las partes

El caso Urgenda[8], que también se conoce como "el caso del clima", representa una de las más significativas instancias de la denominada litigación climática.

subida del nivel del mar), la presencia de una o más de estas no sería necesariamente una condición para ello (por ejemplo: El caso australiano Ralph Lauren v. Byron Shire Council, que no utilizaba ninguno de esos términos, aunque tenía que ver con la cuestión absolutamente pertinente de la responsabilidad de un gobierno local por la decisión que tomara en relación con su política de abandono controlado de la costa ante la subida en el nivel del mar. [2016] NSWSC 169)). Su presencia tampoco es determinante (por ejemplo: casos que solo hacen una referencia ocasional a fenómenos climático, sus causas o efectos, sin abordar de forma directa o significativa las leyes, políticas o acciones que obligan, apoyan o facilitan la mitigación o adaptación al cambio climático). Finalmente, tampoco quedarían incluidos casos que buscan alcanzar metas relativas al cambio climático, aun cuando no hacen referencia a aspectos del mismo (por ejemplo: las demandas que buscan limitar la contaminación del aire ocasionada por termoeléctricas a carbón y que no presentan directamente cuestiones de hecho o de derecho relativos al cambio climático. Organización de Naciones Unidas (2017), pp. 10-11.

[7] En el año 2017, se identificaron 884 litigios climáticos presentados en veinticuatro países, 654 casos en Estados Unidos de América y 230 en los demás países. Sin embargo, al 1 de julio de 2020 esa cifra se había al menos duplicado, con al menos 1 550 casos registrados en treinta y ocho países (treinta y nueve contando los tribunales de la Unión Europea), incluyendo aproximadamente mil doscientos en los Estados Unidos de América y más de trescientos cincuenta en los demás países, Organización de Naciones Unidas (2020). Esta cifra, se eleva a 1 727 casos de litigios climáticos a escala global, registrados en los últimos treinta y cinco años, si se incluyen litigios de jurisdicciones estatales, al igual que los litigios presentados en la jurisdicción de instituciones internacionales o regionales, tales como la Corte Internacional de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Robaina (2021a).

[8] Urgenda Foundation v. State (Kingdom) of the Netherlands.

Este juicio, que se desarrolló en Países Bajos, se inició con la presentación de una demanda, el día 20 de noviembre de 2013, ante un juez de distrito o juzgado de primera instancia de ciudad de La Haya[9]. Los demandantes, una pequeña organización no gubernamental (ONG) ambiental llamada Urgenda (contracción de "Urgent Agenda"), cuyo objeto fundacional es promover la transición hacia una sociedad sustentable, junto a 886 ciudadanos, solicitaron a este órgano jurisdiccional neerlandés ordenar al gobierno de ese país cumplir con sus compromisos nacionales e internacionales en materia de cambio climático. Debido a la actual urgencia climática que enfrenta el planeta, para ello se requeriría esfuerzos adicionales sustanciales manifestados en medidas concretas, rápidas y eficaces para intentar superarla.

Entre los principales argumentos del caso, los actores sostuvieron que las emisiones de GEI, especialmente las de CO_2, amenazan con generar un calentamiento global peligroso que podría aparejar graves consecuencias al país. Por ello, al no cumplir con el deber de cuidado que está obligado a ejercer para proteger a los habitantes que gobierna (entre ellos las personas que representaba Urgenda y la sociedad neerlandesa en general), el Estado estaría actuando en forma negligente e ilegal, ya que cuenta con la capacidad y recursos necesarios, y tiene la responsabilidad sistemática por el total de emisiones de GEI alcanzados en su territorio. Lo anterior, implicaría la adopción de políticas adecuadas y pertinentes para prevenir y evitar los efectos adversos del cambio climático. Junto con aquello, los demandantes afirmaron que implementar reducciones de emisiones en un momento posterior, no solo resultaría en mayores emisiones totales, acumulación de GEI en la atmósfera y gravedad de los efectos adversos, sino que, además, sería menos rentable que disminuir desde ya las emisiones del país.

Por su lado, la parte demandada, si bien reconoció la gravedad de la crisis climática y la necesidad de limitar los aumentos de temperatura global, afirmó que sus políticas climáticas actuales estaban dirigidas a lograr ese objetivo, estableciéndose diferentes vías de reducción de emisiones de GEI. El Estado neerlandés también argumentó sobre la improcedencia del papel del Poder Judicial en relación con la resolución de disputas de carácter político en materia de cambio climático, por aplicación del principio de la separación de

[9] Con anterioridad a la presentación de la demanda, Urgenda envió una carta al gobierno holandés requiriéndole adoptar las medidas necesarias en relación con el cambio climático, e informándole que de no cumplir ejercerían acciones judiciales en su contra para lograr dicho objetivo a través del órgano jurisdiccional que correspondiera. El gobierno reconoció el problema, pero manifestó que solo tomaría mayores acciones sobre el particular si otros países lo hacían también, puesto que de lo contrario afectaría el desarrollo de la economía. Frente a esta actitud de los gobernantes, se estimó preciso demandar.

poderes. Agregó, que no existe una obligación jurídicamente vinculante, que surja de una normativa nacional o internacional, para tomar medidas en miras a un objetivo de reducción como el demandado, por lo que no se le podía obligar a adherir a tal objetivo específico. Finalmente, el gobierno buscó eludir su responsabilidad en el caso señalando que una ambición más fuerte de su parte, frente a la crisis climática, tendría poco efecto en los esfuerzos globales de mitigación del fenómeno climático, debido a la pequeña contribución de Nederland en las emisiones mundiales.

2.2 La normativa aplicable

Según la demanda, el Estado neerlandés tendría una obligación legal basada en los compromisos adquiridos a partir de la Conferencia de las Partes de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) del año 2009, para limitar a no más de 2.° C el aumento de la temperatura global respecto a los niveles preindustriales. En esta misma línea, los Acuerdos de Cancún del año 2010 promovieron que los países del anexo I (esto es los "desarrollados" de la época) tuvieran una responsabilidad adicional para reducir el volumen de sus emisiones anuales de GEI al año 2020, en un rango de entre 25 % y 40 % comparado con el año 1990, lo que fue determinado conforme a un amplio acuerdo científico. Además, dentro del segundo periodo de compromiso del Protocolo de Kioto (2013 al 2020), los países miembros de la Unión Europea pactaron una meta de reducción del 20 % de sus emisiones de GEI, dejando abierta la posibilidad de alcanzar, incluso, el 30 % de reducción. Más aún, el Estado holandés respaldó el Plan de Acción de Bali, la Enmienda de Doha y los Acuerdos de Durban, en los que se acordó crear un cuerpo normativo para combatir el cambio climático y que terminó concretándose en el Acuerdo de París, tratado internacional del cual Nederland es parte. A pesar de aquello, las políticas de cambio climático neerlandesas, modificadas en el año 2013 por el gobierno de ese periodo, sin aparente justificación científica sólida, consideraron que el país europeo alcanzaría una reducción de un máximo de 17 % para el año 2020; esto es, un porcentaje considerado bajo por algunos, teniendo en cuenta el estándar antes aludido, con incumplimiento, por ende, de sus compromisos internacionales[10].

[10] Nederland fue pionera sobre políticas ambientales en la década de 1980 y principios de la de 1990, cuando formaba parte del pequeño grupo de países que presionaron por la necesidad de una convención internacional sobre el cambio climático (lo que posteriormente sería la CMNUCC). De hecho, en el año 2007, se había fijado su propia meta de reducción del 30 % para el año 2020. No obstante, su riqueza como país, contribución histórica y emisiones *per capita*, así como los ambiciosos objetivos futuros a los que se comprometió en su momen-

Junto con lo anterior, se citó el artículo 21 de la Constitución de Nederland, que establece que las autoridades deben velar por mantener el país habitable, así como también proteger y mejorar el ambiente[11]. También, se contemplaron los artículos 2 y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), referidos al derecho a la vida y al respeto a la privacidad y la vida familiar, respectivamente[12]. Adicionalmente, se argumentó la infracción del artículo 6:162 del *Código Civil* neerlandés, sosteniéndose que este incluiría el referido deber de cuidado debido que tiene el Estado en favor de los ciudadanos. No obstante, se buscó utilizar la alta contribución nacional de GEI del Estado, como inobservancia de dichas regulaciones (vinculada a los efectos negativos del cambio climático), estos argumentos no fueron tomados en consideración por la Corte, sirviendo solo para establecer de mejor manera el estándar debido del cuidado antes referido[13].

2.3 La tramitación

En primera instancia, en el año 2015, los jueces del tribunal de distrito competente acogieron la acción ejercida por los demandantes y ordenaron a la parte demandada, el gobierno neerlandés, a reducir las emisiones en un 25 % para el año 2020, respecto a los niveles registrados en el año 1990. En su decisión, se basaron, en parte, en los tratados internacionales vigentes, principalmente la CMNUCC[14].

---

to, con el tiempo fue perdiendo liderazgo en la materia y atrasándose en la implementación de las medidas pertinentes. Así, en el año 2018 solo el 7,4 % de la energía de Nederland fue generada por fuentes renovables (de las cuales 4,5 % correspondieron a biomasa, que no es tan sostenible como se pensaba en el pasado) y las emisiones de CO_2 estaban casi al mismo nivel que en 1990, con solo una ligera reducción en otros GEI.

[11] Artículo 21: "Los poderes públicos velarán por la habitabilidad del país y por la protección y el mejoramiento del medio ambiente". Ministerio del Interior y de Relaciones del Reino de los Países Bajos (2008).

[12] Consejo de Europa (1950).

[13] Abarca (2017).

[14] La sentencia de primera instancia, confirmada por la de apelación, señala que: "Las autoridades tienen la obligación de proteger a la ciudadanía contra actividades industriales dañinas, porque de no hacerlo, la actual generación verá peligrar su vida y su vida familiar". Más aún, los jueces consideraron que habiendo firmado Nederland tratados internacionales en materia de cambio climático, éstos son "válidos ante las cortes nacionales sin necesidad de invadir otras competencias, y en caso de peligro para la población, el Estado debe tomar medidas preventivas" al respecto. La Corte Apelaciones de la Haya, determinó que el gobierno neerlandés está obligado, bajo la vigencia de la CMNUCC y el Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, a proteger tales derechos ante la amenaza que representa el cambio climático para poder disfrutarlos. Castro (2019).

Posteriormente, durante el año 2018, en segunda instancia, los actores lograron un nuevo fallo a su favor, al confirmar la Corte de Apelaciones de La Haya la sentencia de primera instancia, al no acoger el recurso de apelaciones interpuesto por la demandada, que se había fundamentado en la violación del principio de separación de poderes[15].

Por último, durante el año 2019, los demandados decidieron presentar un nuevo recurso procesal ante el tribunal supremo neerlandés, manteniendo iguales argumentos, pero este tampoco prosperó, agotándose de esta forma sus posibilidades judiciales, produciéndose el efecto de cosa juzgada y debiendo, por ello, acatar la decisión de los tribunales al respecto[16].

2.4 Algunos aspectos jurídicos relevantes

En primer lugar, la Corte de Apelaciones competente consideró admisible la acción promovida por una ONG y un grupo de individuos en defensa de intereses de generaciones presentes y futuras. Cabe tener presente que lo expuesto conlleva una comprensión ampliada de la representación de intereses colectivos, cuya admisibilidad en procesos judiciales resulta, en general, aún bastante cuestionada.

En segundo lugar, el juez de primera instancia fundamentó su fallo en una composición de normas nacionales e internacionales, vinculadas, por una parte,

[15] No debe perderse de vista que, en paralelo, los demandantes también decidieron apelar. Esto, ya que en la sentencia de primera instancia, el tribunal de distrito no había acogido el argumento de los actores con relación a que la falta de adopción de medidas de mitigación del Estado, con respecto al cambio climático, constituía, además, una infracción directa del CEDH. Esto último, basado en que Urgenda, siendo una persona jurídica y no natural, no podía ser una víctima directa o indirecta del fenómeno climático, no pudiendo, entonces, alegar una violación de los derechos humanos consagrados en este acuerdo internacional y citados en la demanda (concretamente el derecho a la vida del artículo 2 y el derecho al respeto de la vida privada y familiar del artículo 8). Por ende, la normativa solo podría servir como fuente para interpretar el alcance del deber de cuidado del Estado bajo la ley civil, que establece responsabilidad de esta naturaleza. Urgenda solicitó modificar el fallo en este punto, estimando que, aunque no podría ser una víctima directa del cambio climático, sí podía invocar estos artículos directamente en el procedimiento, bajo la ley holandesa, para representar, en relación con los demás demandantes (personas naturales) los intereses protegidos en ellos y afectados por la inacción de los demandados. Tal fundamentación, fue aceptada por la Corte, quien concluyó que el tribunal de distrito había cometido un error, entendiendo que el Estado tiene un deber de diligencia en virtud no solo de la ley civil neerlandesa, sino que, también, del CEDH, que es derecho europeo y que tiene una jerarquía superior al derecho nacional. Dicho tribunal, también desestimó la apelación del Estado, confirmando la sentencia de primera instancia en todo lo demás, y ordenando una reducción de GEI de al menos 25 % a finales del año 2020.

[16] Tribunal de Distrito de La Haya / Corte de Apelaciones de la haya / Corte Suprema de los Países Bajos (2015-2019).

al ejercicio de los derechos fundamentales y, por otro, a la protección del ambiente y del sistema climático, lo que puede constituir un camino promisorio para los litigios climáticos, así como para garantizar la eficacia de los compromisos internacionales en el ámbito nacional[17].

En tercer lugar, frente a la pregunta sobre si existe incumplimiento del deber de cuidado, de parte del Estado neerlandés, al adoptar medidas insuficientes para prevenir un cambio climático peligroso, el tribunal de distrito (primera instancia) fue claro al fallar que sí. Lo anterior, ya que para prevenir un cambio climático de carácter irreversible (punto de no retorno) y peligroso (en sus consecuencias para la población), es necesario reducir las emisiones de GEI a los porcentajes determinados por la ciencia y en todo el mundo. Esta conclusión, fue confirmada por la Corte de Apelaciones respectiva y el tribunal supremo, al señalar que las naciones industrializadas (por ejemplo: Países Bajos) debían cumplir con un porcentaje de reducción entre el 25 % y un 40 % para el año 2020, determinando que el objetivo fijado por las autoridades holandesas para el periodo estaba por debajo del estándar antes indicado. De esta manera, si los compromisos nacionales e internacionales no son cumplidos, la posibilidad de que ocurra dicho cambio climático peligroso es muy alta, debiendo proceder a implementar las medidas necesarias lo más rápido posible para disminuir ese riesgo (peligro del que se habría tenido conocimiento desde al menos el año 1992)[18]. Finalmente, se concluye que la acción solicitada al Estado es posible, considerando el presupuesto nacional disponible, y que la acción inmediata es más rentable para el país que una posterior, no existiendo obstáculos de costo para cumplir con un objetivo más estricto del 25 al 40 % (más aún cuando la meta de reducción autoimpuesta –en el año 2010– alcanzaba el 30 %). Esto último, además, es algo que se vincula directamente con los impuestos pagados por los ciudadanos y la adecuada administración que se espera de los gobernantes, lo que

[17] Se hace presente que, si bien el foco principal del juicio se basó en el derecho civil o de daños neerlandés (y no directamente en el derecho ambiental, público, internacional o de derechos humanos), el tribunal competente reconoció que el deber de diligencia, según la ley neerlandesa que se refiere a la responsabilidad, es una norma "abierta" que puede ser "completada" por normas del derecho internacional (por ejemplo: la CMNUCC y la CEDH, que pueden ser una fuente de interpretación de estándares, como el deber de cuidado o conducta responsable que el Estado está obligado a cumplir en el caso).

[18] De la decisión de los tribunales neerlandeses, se desprende que el Estado conserva total libertad para determinar qué medidas implementaría para cumplir con lo ordenado por el fallo en cuestión (por ejemplo: Impuestos verdes, fomentar el uso de ERNC, mejorar la eficiencia energética, etc.). Además, si bien ante la actual crisis climática, podría ser necesaria la reducción del 40 % de emisiones de GEI, el mínimo al que estaría obligado el gobierno es el 25 %, quedando a su discrecionalidad si aumenta o no esa cifra.

en este caso se puso en cuestionamiento generando una importante presión ciudadana.

En cuarto lugar, la decisión de este caso tuvo en cuenta la evidencia científica para establecer la relación de causalidad existente entre la inactividad de las autoridades respecto de la mitigación de emisiones de GEI y los daños que generará el calentamiento global en la vida y la salud de las personas. En este sentido, el juez estimó suficientes los estudios del IPCC y el principio de precaución para considerar acreditados los riesgos que el comportamiento pasivo del Estado supone para los derechos de los ciudadanos de su territorio.

En quinto lugar, en esta sentencia se descarta la doctrina según la cual los jueces (Poder Judicial) no deben interferir en cuestiones de política ambiental nacional e internacional, reservadas a otras ramas del poder del Estado (por ejemplo: gobierno, Congreso Nacional o Parlamento)[19]. Parece razonable que, si bien, por una parte, el cambio climático requiere la acción conjunta de la comunidad internacional al tratarse de un desafío global, también lo es que los tribunales nacionales son competentes para verificar la adopción, por parte del Estado, de las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de los compromisos internacionales y la protección de los derechos humanos en su territorio[20].

En sexto lugar, este caso deja en evidencia que, en la lucha contra el cambio climático, no solo son importantes los acuerdos multilaterales celebrados por la comunidad internacional (fijando un marco normativo mínimo y/o elevando los estándares de los Estados partes), sino que, también, son relevantes los aportes de cada país por separado, conforme a sus capacidades, y los de la ciudadanía de estos en miras a seguir avanzando, con la mayor celeridad posible, en esta urgente causa común. A este respecto, por ejemplo, la sociedad civil de los Estados que no presenten contribuciones determinadas nacionales ambiciosas puede hacer valer sus demandas en temas relacionados ante los tribunales nacionales, para exigir mayores esfuerzos de parte de sus autorida-

[19] Los jueces neerlandeses, admitieron que un gobierno tiene un poder discrecional significativo en la toma de las decisiones que tienen relación con la esfera de sus competencias, pero expresaron que esta no es ilimitada, ya que en los Países Bajos no se entiende la separación de los poderes estatales en forma absoluta, sino, más bien, con espacios para un equilibrio entre ellos. En este sentido, el poder judicial tiene un papel y responsabilidad específica, de conformidad a la ley, que implica una función democrática legitimada, y que exige de este brindar protección a los ciudadanos frente a un gobierno que no cumple con sus responsabilidades y deberes. Por ello, la Corte de Apelaciones estimó que el único remedio efectivo para lograr ese cuidado por el Estado a los ciudadanos era, precisamente, la mitigación a través de una mayor reducción de las emisiones de GEI.

[20] Castro (2019).

des. Además, en muchos países, junto con la ratificación de un acuerdo internacional, procede, también, la incorporación del mismo a su ordenamiento jurídico como una ley nacional y, por tanto, debe respetarse, estando al mismo nivel que una ley o, incluso, por encima de ella en algunos casos.

Y *en séptimo lugar*, debe tenerse presente que, si bien este caso involucra una sentencia de un tribunal nacional (neerlandés) y no establece precedente obligatorio, significa un importante logro en la materia y constituye un referente sobre la estrategia a seguir y la argumentación utilizada para futuras acciones ante los tribunales de justicia de Nederland y de otros países[21]. Uno de los casos en el que influyó bastante, es Milieudefensie y otros v. Royal Dutch Shell (el "caso Shell")[22].

III. Caso Milieudefensie v. Royal Dutch Shell

3.1 Los hechos y argumentación de las partes

La demanda colectiva que da origen a este proceso, fue presentada, durante el año 2019, ante el Tribunal de Distrito de La Haya, por siete fundaciones y asociaciones (Milieudefensie –Amigos de la Tierra de Países Bajos– y otros[23]), y 1 7379 codemandantes individuales, en contra de Royal Dutch Shell Plc (desde ahora, también RDS)[24].

En términos generales, este juicio, también conocido como "el caso del pueblo contra Shell", toma parte de la argumentación presentada exitosamente en el caso Urgenda y busca extender su aplicación en relación con esta empresa privada. Para ello, se fundamenta en que la compañía RDS, cuya sede o casa matriz se ubica en Nederland, y que es responsable de las políticas de las filiales del grupo Shell en el orbe, estaría incumpliendo una obligación legal al no implementar medidas suficientes para reducir sus emisiones de CO_2, ocasionando un daño ambiental inminente de consecuencias y riesgos graves e irreversibles para los derechos humanos de los residentes neerlandeses y habitantes de la región de Wadden. Según los actores, RDS podría cambiar

[21] Campusano y Carvajal (2021).

[22] Tribunal de Distrito de La Haya (2019).

[23] Las siete ONG son: Milieudefensie, Greenpeace, Fossielvrij, Waddenvereniging, Both ENDS, Jongeren Milieu Actief y ActionAid.

[24] Es una empresa de hidrocarburos anglo-neerlandesa que tiene intereses en los sectores petrolífero y del gas natural, así como del refinado de gasolinas. Es una de las mayores multinacionales del mundo, y una de las cuatro más grandes del sector petrolífero junto con BP, ExxonMobil y Total. Shell es un grupo global de empresas energéticas y petroquímicas con más de ochenta mil empleados, en más de setenta países.

su modelo de negocio, invertir más en energías renovables no convencionales (ERNC), para alcanzar un objetivo de reducción de emisiones de GEI del 45 % para el año 2030, comparado con los niveles del año 2019, y del 100 % para el año 2050. En tal sentido, el demandado no estaría haciendo todo lo posible para lograr los objetivos establecidos por el Acuerdo de París, en relación con la lucha contra el cambio climático, contribuyendo, en cambio, a la desestabilización del sistema climático. Para ellos, resultaría imposible cumplir con las metas de dicho acuerdo internacional sin que los grandes contaminantes como Shell (una de las mayores empresas energéticas del mundo) sean obligados legalmente a adoptar las medidas que son necesarias para aquello[25].

Por su parte, los demandados sostuvieron que ya estaban tomando medidas adecuadas en relación con el cuidado del ambiente, así como para aportar en la transición energética. Para ellos, el proceso más que velar por una protección de los derechos de las personas, con un fundamento legal adecuado, involucraba la defensa de determinados intereses políticos y económicos de ciertos grupos de poder que sacaban ventajas del mismo, representando el primer paso para una verdadera cruzada mundial en contra de las petroleras. En su opinión, lo que realmente permitiría la transición energética, es una política eficaz, inversión en tecnología y cambios en el comportamiento de los clientes, pero no esta acción judicial, ya que abordar un desafío tan complejo y grande requiere de un enfoque colaborativo y global.

3.2 La normativa aplicable

De conformidad con la demanda, al no realizar un cambio hacia un modelo de negocio alternativo, RDS no estaba respetando el estándar de cuidado no escrito establecido en el libro 6, sección 162 del *Código Civil* neerlandés, como, asimismo, en los artículos 2 y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

[25] Con posterioridad a la firma del Acuerdo de París en el año 2016, y durante los años subsiguientes, algunas de las más grandes empresas de los Estados signatarios de este tratado internacional, iniciaron el estudio, evaluación y/o implementación de medidas que permitieran ajustar las operaciones de su rubro a las metas fijadas por su texto. Ya antes de su entrada en vigencia, RDS había evaluado la situación y comunicado, en el año 2014, que estimaba que los objetivos de esta convención eran inalcanzables y que no tenía planificado modificar su modelo de negocios más allá del petróleo y el gas, en relación con los cuales es líder mundial. Ya con el acuerdo internacional en marcha, y siendo el productor de alrededor del 1 % de las emisiones de GEI a escala global, la empresa publicó un plan de reducción de emisiones de CO_2 en un 30 % para el año 2035 y de un 65 % para el año 2050, en ambos casos en comparación con los niveles del año 2016. Varios activistas y ONG ambientales, lo consideraron un esfuerzo insuficiente y una respuesta demasiado lenta, en atención al estado actual del clima, a sus aportes al problema y al ser una empresa de Nederland (esto es, un Estado parte del Acuerdo de París sobre el cambio climático).

Entre los argumentos de su defensa, RDC señaló que no existía una norma legal, estatutaria o de otro tipo, que estableciera que la empresa estaba infringiendo un estándar no escrito al no cumplir con los límites de emisiones indicados. Además, señaló que las reclamaciones de los demandantes son demasiado generales para considerarse dentro del alcance de los artículos 2 y 8 del CEDH.

El tribunal que conoció del caso, consideró que el cambio climático debido a las emisiones de CO_2, y sin perjuicio de su peligrosidad, constituye un daño ambiental en el sentido del artículo 7 de Roma II, y que la política corporativa del Grupo Shell constituía el acontecimiento que da lugar al daño, en el sentido de esta disposición[26]. Conforme al derecho holandés, la obligación de reducción de RDS sí derivaría del aludido estándar de cuidado no escrito establecido en el *Código Civil* neerlandés, lo que implica que al actuar en contra de lo que generalmente se acepta conforme a la ley no escrita, resulta, por ende, ilegal.

3.3 La tramitación

Las audiencias de primera instancia del juicio, se llevaron a cabo, durante el año 2020, en el Tribunal de Distrito de La Haya. Los actores, debían acreditar que existía un modelo de negocio alternativo y viable para que RDS lograra el objetivo de reducción de emisiones de GEI, establecido conforme a la ciencia para evitar un cambio climático peligroso para la población. En este sentido, se citó, como ejemplo, a la empresa danesa Ørsted, que ha logrado una transición exitosa desde los combustibles fósiles a las ERNC[27]. Durante el desarrollo del proceso, RDS se comprometió a hacer esfuerzos de reducción de emisiones, pero los actores consideraron que la promesa de tal esfuerzo era inadecuada, puesto que la empresa no cumpliría con los objetivos establecidos en el Acuerdo de París.

El tribunal competente emitió su sentencia definitiva el día 26 de mayo de 2021[28]. El fallo consideró que la actual política de sostenibilidad de RDS no era lo suficientemente "concreta" y que sus emisiones eran mayores que

[26] El reglamento (CE) No 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo ("Roma II"), es una normativa de derecho internacional privado, que determina la ley aplicable a una obligación extracontractual derivada de daños ambientales o daños sufridos por personas o bienes como resultado de tales daños, véase López (2021).

[27] The Agility Effect (2021).

[28] Texto de la sentencia de primera instancia en el caso Shell. Disponible en https://en.milieudefensie.nl/news/verdict-climate-case-milieudefensie-shell-26-may-2021-1.pdf [fecha de consulta: 3 de septiembre de 2021].

las de la mayoría de los países. En razón de lo anterior, ordenó a la empresa a reducir sus emisiones globales en un 45 % al año 2030.

Por su parte, y como era de esperarse, RDS decidió apelar al fallo, con fecha 20 de julio de 2021, por lo que habrá que estar atentos a la sentencia de segunda instancia que se pronuncie sobre la materia[29].

3.4 Algunos aspectos jurídicos relevantes

En primer lugar, si bien existen semejanzas entre los casos Urgenda y Shell (por ejemplo: ambos son litigios climáticos, ganados por los demandantes –ONG y ciudadanos–, se tramitaron ante tribunales neerlandeses y tienen fundamentos similares), una de las diferencias más relevante, es que, en el primero, se condenó al Estado neerlandés a actuar para cumplir sus compromisos climáticos y, en cambio, en el segundo, esa exigencia se realizó a una empresa o privado. Así, por primera vez, un órgano jurisdiccional nacional (Poder Judicial de un Estado) ordena a una compañía transnacional importante, RDS, a modificar su estrategia interna en relación con el cambio climático. De tal forma, la resolución considera que la compañía está obligada legalmente a alinear sus políticas corporativas con el Acuerdo de París, debiendo adoptar medidas de mitigación concretas, dentro de un plazo y con metas específicas a cumplir, pudiendo, con ello, incluso, afectar las decisiones de los directores y los accionistas de la misma. Para ello, el tribunal neerlandés realizó una interpretación de los deberes de las empresas con respecto al cambio climático que, de seguirse por otros jueces, posibilitaría exigirles que actúen eficazmente reduciendo sus emisiones, y que, en definitiva, eviten causar daños que afecten los derechos de las personas.

En segundo lugar, cabe destacar que el tribunal, para determinar si RDS incumplió el estándar de cuidado no escrito aplicable al caso tuvo en consideración los siguientes aspectos:

1) El papel de RDS en el establecimiento de las políticas de las empresas del grupo Shell;
2) Las emisiones de CO_2 del grupo Shell, que exceden las de muchos Estados (incluido Nederland) y que contribuyen al cambio climático;
3) Las consecuencias de las emisiones de CO_2 para los Países Bajos y la región de Wadden;
4) El derecho a la vida y el derecho al respeto de la vida privada y familiar de los residentes neerlandeses y los habitantes de la región de Wadden;

[29] Tribunal de Distrito de La Haya (2019).

5) Los Principios Rectores de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos (UNGP)[30];
6) Lo que se necesita para prevenir un cambio climático peligroso;
7) Las posibles vías de reducción;
8) El doble desafío de satisfacer la demanda de energía y de frenar el cambio climático (el tribunal entiende que el acceso a energía no influye en la obligación de reducción de RDS, ya que dicho interés siempre debe ser considerado en los objetivos del cambio climático);
9) El Sistema Europeo de Emisiones (ETS) y otros sistemas de comercio de emisiones;
10) La efectividad de la obligación de reducción;
11) La responsabilidad de los Estados y de la sociedad;
12) La onerosidad de la obligación de reducción de RDS;
13) La proporcionalidad de la obligación de reducción de RDS y
14) La política, las intenciones de política y las ambiciones de RDS para el grupo Shell[31].

En tercer lugar, debe tenerse presente que, la normativa aplicable en este caso fue, principalmente, la legislación civil neerlandesa ya referida, aun cuando la decisión del tribunal también consideró las normas de derechos humanos y los compromisos internacionales sobre el cambio climático, que permitieron darle aún más fuerza y contenido a su interpretación y decisión, según se ha indicado.

En cuarto lugar, la obligación de reducción de emisiones de GEI ordenada a RDS, se relaciona con toda la cartera de energía del grupo Shell, compren-

[30] Los Principios Rectores (UNGP), no abordan en su texto, en forma explícita, el cambio climático. Sin embargo, este último no solo repercute en el ejercicio de los derechos humanos, en general, sino que, también, en el logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) –especialmente el objetivo 13 (adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus repercusiones). Así, estos UNGP resultan relevantes para los esfuerzos de mitigación por parte de los Estados, las empresas y otras partes interesadas (por ejemplo: como parte de su deber en el marco del Pilar I de los UNGP, se espera que los Estados adopten una serie de medidas eficaces para proteger contra el cambio climático, relacionado con la actividad empresarial dentro de su territorio y/o jurisdicción). Asimismo, por lo antes indicado, para que las empresas puedan cumplir con su responsabilidad de respetar todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente, será necesario que integren consideraciones relativas al cambio climático en sus procesos de debida diligencia (*due diligence*) en materia de derechos humanos. Finalmente, se están aplicando diversos mecanismos judiciales y extrajudiciales para buscar reparaciones tanto contra los Estados como contra las empresas, por causar, contribuir o no adoptar medidas para prevenir el cambio climático. Cabe considerar, que el grupo de trabajo sobre las empresas y los derechos humanos, elaborará una nota informativa sobre lo que los tres pilares de los UNGP suponen para los Estados y las empresas con respecto al cambio climático. ONU-Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos.

[31] López (2021).

diendo el volumen agregado del total de sus emisiones. Así, este es responsable de sus propias emisiones de CO_2 y también de las de sus proveedores y compradores. En este sentido, corresponderá a RDS diseñar cómo cumplirá con la obligación impuesta. Cabe tener presente que la obligación de reducción aludida es, jurídicamente, una obligación de resultado para las actividades del grupo Shell. Además, conlleva una obligación de máximo esfuerzo con respecto a las relaciones comerciales del grupo Shell, incluidos sus usuarios finales. En ese contexto, se espera que RDS tome las medidas necesarias para prevenir o eliminar los graves riesgos y efectos derivados de sus emisiones de CO_2.

En quinto lugar, el tribunal ordenó que su sentencia fuera ejecutable provisionalmente, lo que significa que esta tiene un efecto inmediato, incluso, si una las partes deducen recursos contra dicha resolución. Esto resulta relevante, ya que RDS ha interpuesto recurso de apelación en contra de la sentencia del tribunal que lo obliga a reducir sus emisiones de CO_2, según se ha analizado. La decisión sobre la apelación del caso, podría demorar varios años y, mientras tanto, la parte que resultó vencedora en el juicio exigirá que se cumpla el fallo y buscará presionar a la parte vencida para que cumpla con lo que le fue ordenado.

En sexto lugar, la sentencia en este caso, al igual que ocurrió en el fallo de Urgenda, rechazó el argumento de la demandada en cuanto a que la intervención de los jueces neerlandeses violaría el principio de la separación de poderes, por tratarse, el cambio climático, de un asunto que corresponde regular a otros poderes del Estado. Así, el Poder Judicial recalcó el relevante papel y responsabilidad que, en democracia, le corresponde frente a la ciudadanía; esto es, la protección a los derechos humanos frente a un gobierno que no cumple con las responsabilidades y deberes que les son propios en materia de cambio climático, tanto respecto de sus propios actos como también de los particulares administrados.

Y *en séptimo lugar,* se trata de un fallo importante y novedoso en el ámbito del derecho ambiental, que, al igual que la sentencia del caso Urgenda, es posible que constituya un referente en el área. Hay quienes creen que podría llegar a promover otros casos en distintas jurisdicciones del mundo, a través de la litigación climática. A partir de esta decisión, y cualquiera sea el resultado de la apelación de RDS que está en trámite, las grandes empresas deberán considerar que los litigios climáticos son un nuevo escenario, real y latente para ellas, y podría promover la búsqueda de alternativas y mejores estándares en su funcionamiento. Este es el caso de otras empresas, como, por ejemplo, Exxon, BP y Chevron[32].

[32] Según los cálculos, realizados, en el año 2017, por el Instituto de Contabilidad Climática (ICC), desde el año 1988, en el que se estableció el IPCC, y hasta la fecha, más de la mitad de

IV. Reflexiones finales

Siendo el cambio climático un desafío global, requiere de una solución a escala mundial, lo que implica, por un lado, toda la acción y ambición que sea posible en el ámbito individual, local, regional, nacional e internacional y, por otro lado, la colaboración y solidaridad de todos. La COP 26 de Glasgow (Escocia), finalizó con algunos avances y un acuerdo climático de compromisos que se ha estimado valioso, pero posiblemente insuficiente para lograr las metas establecidas de conformidad a la ciencia. Ahora, corresponde observar las preparaciones para la COP 27, en Sharm El-Sheikh (Egipto), a realizarse en noviembre de 2022.

Los litigios climáticos, no son la única alternativa para combatir el fenómeno climático y sus consecuencias, ni tampoco son la más sencilla (por ejemplo: existen barreras para acceder a la justicia, dificultades para utilizar la evidencia científica, tribunales conservadores, altos gastos involucrados, la duración de los juicios y la incertidumbre sobre su resultado). Por otro lado, si bien es indudable el importante papel que cumplen las constituciones políticas y las leyes nacionales en el asunto, brindando claridad sobre los principios y normas básicas para la ejecución de acciones puntuales y la defensa de los derechos consagrados en la materia, creemos que la mejor opción –más allá de una combinación de instrumentos y mecanismos– es partir por utilizar las herramientas de gobernanza y acción climática disponibles a la fecha, que resultan aplicables a las autoridades públicas y a los particulares, según el caso.

Sin perjuicio de lo anterior, y más allá de sus resultados y del cumplimiento efectivo de las medidas y los remedios ordenados por los tribunales, la relevancia de los litigios climáticos (entre ellos los casos Urgenda y Shell) está tomando mayor importancia, ya que las personas están comprendiendo la urgencia del desafío y sienten la necesidad de pasar de los discursos a las acciones y las medidas concretas. La litigación climática y las innovaciones efectuadas dentro de ella, aparecen como una forma atractiva de afrontar la actual crisis del clima y sus dañinos efectos.

En los próximos años, es posible que la litigación climática facilite alcanzar ciertos objetivos en el área (por ejemplo: presionar por mejores políticas climáticas y una mayor implementación de acciones de mitigación y adaptación del cambio climático), generar mayor consciencia e involucramiento

todas las emisiones de GEI en el mundo, de origen antrópico provienen de tan solo veinticinco corporaciones privadas o estatales. Además, cien empresas acumulan el 70 % de todo el CO_2 enviado a la atmósfera, causante del calentamiento global acelerado y cambio climático que se vive actualmente en el planeta, véase El Diario.es (2021).

de la sociedad civil en la materia, promover una creciente cooperación a todo nivel en torno al tema y brindar una protección especial a las poblaciones más vulnerables a los efectos del fenómeno climático. En este sentido, más allá de lo que ocurra con casos como los mencionados en este trabajo, y sean estos de mayor o menor visibilidad, es posible que este tipo de litigios sigan aumentando en número, presentándose demandas en más países del mundo, dirigidas en contra de autoridades públicas y/o empresas, y que continúen desarrollándose nuevas estrategias y argumentos jurídicos ante órganos jurisdiccionales nacionales e internacionales.

Bibliografía

Abarca Lucero, José Miguel (2017): *Prueba de la causalidad y valoración de la evidencia científica en la litigación del cambio climático: Aporte del caso Urgenda vs Holanda*. Memoria de grado (Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho).

Acevedo Menanteau, Paulina (2011): *Desplazados ambientales, globalización y cambio climático: Una mirada desde los derechos humanos y los pueblos* (Observatorio Ciudadano y Unión Europea).

Amaro, Bárbara (2021): *Francia culpable de incumplimiento de metas de reducción de emisiones*.

Ámbito Jurídico (2016): *Cinco claves para entender el fallo que prohíbe proyectos mineros en páramos*.

Amelang, Sören, Kerstine Appunn, Charlotte, Nijhuis and Julian Wettengel (2021): *Top court rules German climate law falls short, in 'historic' victory for youth* (Climate Home News).

Arratia Salinas, María Ignacia (2018): *Surgimiento de nuevos derechos en materia de cambio climático, a la luz de la novena enmienda de Estados Unidos*. Memoria de grado (Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho).

Astorga Jorquera, Eduardo y Ezio Costa Cordella (2021): *Derecho ambiental chileno - Parte Especial* (Santiago, Thomson Reuters).

Bermudez Soto, Jorge (2014): *Fundamentos de derecho ambiental* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2ª edición).

Bodansky, Daniel (2017): *The Paris Climate Change Agreement: A New Hope?* (Cambridge University Press).

Borras Pentinat, Susana (2006): "Refugiados ambientales: El nuevo desafío del derecho internacional del medio ambiente". *Revista de Derecho*, vol. xix, n.º 2.

Burger, Michael & Jessica Wentz (2016): "Downstream and Upstream Greenhouse Gas Emissions: The Proper Scope of NEPA Review". *Harvard Environmental Law Review*, vol. 41, pp. 111-187.

Burgers, Laura (2021): *Should judges make Climate Change Law? Symposium article*. Transnational Environmental Law).

Campusano Droguett, Raúl F. e Ignacio Carvajal (2021): "Cambio climático en la legislación internacional", en Eduardo Astorga Jorquera y Ezio Costa Cordella. *Derecho ambiental chileno - Parte especial* (Santiago, Thomson Reuters).

Campusano Droguett, Raúl F. y Nicolás Vassallo (2019): "Ley de Cambio Climático para Chile: Algunas reflexiones". *Actualidad Jurídica*, n.° 40.

Castro Niño, Natalia (2019): "Urgenda contra Países Bajos, un hito en la lucha judicial contra el cambio climático". *Legis Ámbito Jurídico*. Disponible en www.ambito-juridico.com/noticias/etcetera/educacion-y-cultura/urgenda-contra-paises-bajos-un-hito-en-la-lucha-judicial [fecha de consulta: 9 de mayo de 2020].

Chile sustentable (2021): "Conversatorio Litigación Climática, estado actual, avances y desafíos para la litigación en Chile". Expositores: Pedro Cisternas, Pilar Moraga y Ezio Costa. Disponible en www.youtube.com/watch?v=Ehhpgt0xMXw&t=1160s) [fecha de consulta: 8 de septiembre de 2121].

Claude, Henry, Johan Rockstrom, Nicholas Stern (2020): *Standing up for a Sustainable World: Voices of Change* (Cheltenham, UK/ Northampton, Massachusetts, Edgard Elgar Publishing).

Consejo de Estado (2021). Página web, Francia.

De los Reyes González, Trinidad (2017): *El marco internacional de lucha contra el cambio climático: El Acuerdo de París.* Trabajo de fin de grado (Cadiz, Universidad de Cadiz Facultad de Derecho).

Deutsche Welle - DW (2021): *El constitucional alemán considera insuficiente la ley de protección del clima* (Bonn-Berlín).

El Diario.es (2021): "La sentencia contra Shell por causar el cambio climático abre la puerta a una oleada de litigios contra los grandes contaminadores". Disponible en www.eldiario.es/sociedad/sentencia-shell-causar-cambio-climatico-abre-puerta-oleada-litigios-grandes-contaminadores_1_7974311.html [fecha de consulta: 4 de septiembre de 2021].

Europapress (2017): "Una niña de nueve años demanda al Gobierno de India por no actuar contra el cambio climático". (Thompson Reuters).

Feyeux, Emma (2021): *L'Affaire du Siècle" - El Caso del Siglo: cómo la justicia climática quiere obligar al Estado a luchar contra el cambio climático en Francia*.

Galvez Toro, Melisa (2019): "Políticas de reconocimiento indígena: lecciones del caso de Nueva Zelanda y el pueblo Maorí". *Instituto de Investigación en Ciencias Sociales (ICSO) . Universidad Diego Portales*, UDP (Santiago, Facultad de Ciencias e Historia).

Gehring, Markus (2016): "La transición legal a una economía verde". *Revista de Derecho Ambiental*, vol. iv, n.° 6.

Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, IPCC (2021): *Informe del Grupo de Trabajo I del IPCC, Cambio Climático 2021: Bases de la*

Ciencia Física, publicado el 9 de agosto de 2021. Disponible en www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/ y www.ipcc.ch/languages-2/spanish/ [fecha de consulta: 2 de septiembre de 2021].

Handley, Matt (2002): "Why Crocodiles, Elephants, and American Citizens Should Prefer Foreign Courts: A Comparative Analysis of Standing to Sue", *21 Rev*. Litig. 97.

International Commission Of Jurists (2008): *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights: Comparative experiences of justiciability*.

Intergovernmental Panel on Climate Change, IPCC (2013): *Climate Change 2013: The Physical Science Basis* (Annex III Glossary).

Kim, Ji-Sun (2019): "Making Peace with the Earth: Action and Advocacy for Climate Justice". *Worldviews: Global Religions, Culture, and Ecology*, vol. 23, No. 2.

López Ferro, Aloia (2021): "Resumen de la pionera sentencia holandesa que condena a Shell a reducir sus emisiones de CO_2 en un 45%". *Terraqui, artículos de actualidad del derecho ambiental.* Disponible en www.terraqui.com/blog/actualidad/resumen-sentencia-holandesa-condena-a-shell-a-reducir-emisiones-co2-en-un-45/ [fecha de consulta: 9 de septiembre de 2021].

Llanos Mancilla, Hugo (2015). *El derecho internacional del medio ambiente* (Santiago, Thomson Reuters).

Llanos Mancilla, Hugo (2018): *El derecho internacional y el cambio climático* (Santiago, Thomson Reuters).

Markell, David & J.B. Ruhl (2012): "An Empirical Assessment of Climate Change in the Courts: A New Jurisprudence or Business as Usual?". *Florida Law Rewiew*, vol. 64, Issue 1, pp. 15-72.

Millaleo Hernández, Salvador (2020): "Guarda de la naturaleza: Conocimientos ecológicos tradicionales de los pueblos indígenas y estrategias de protección". *Cadernos de Dereito Actual* n.º 13.

Montes, Lidia (2020). "Refugiados climáticos: en un limbo jurídico y ante una sentencia histórica". *Business Insider*.

Motles Esquenazi, Ilan e Ignacio Porte Barreaux (2016): *El cambio climático y su regulación en el derecho internacional*. Memoria de grado (Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho).

Mukherjee, Ipshita (2017). "Atmospheric Trust Litigation: Paying the way for a Fossil-Fuel Free World". Stanford Law School Edu. Blog.

Organización de Naciones Unidas (2017): "El estado del litigio en materia de cambio climático: Una revisión global". *Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente - PNUMA, en colaboración con Columbia Law School - Sabin Center for Climate Change Law*. (Nairobi, Kenia).Traducción al español por Fundación Heinrich Böll. Disponible en https://wedocs.unep.org/handle/20.500.11822/20767) [fecha de consulta: 29 de agosto de 2021].

Organización de Naciones Unidas (2020): *Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente - PNUMA, en colaboración con Columbia Law School - Sabin Center for Climate Change Law. Global Climate Litigation Report: 202 Status Review*. Disponible en https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/34818/GCLR.pdf?sequence=1&isAllowed=y) [fecha de consulta: 7 de septiembre de 2021].

Paddock, L.; R. Glicksman & N. Bryner (2016): "Environmental Courts and Tribunals". *Decisionmaking in Environmental Law*, vol ii.

People's Climate Case (2021): Página web.

Polizzi, Norma A. (2020): "Can International Law Adapt to Climate Change?". *Environmental Claims Journa*l. DOI: 10.1080/10406026.2020.1718849

Pring, George & Catherine Pring (2002): "Standing rules around the world range from very restrictive to very open". *Decisionmaking in Environmental Law*, vol ii.

RED-DESC (2021): *Amicus reafirma obligaciones de derechos humanos de los Estados de abordar la crisis climática de la manera adecuada y efectiva*.

RFI (2021): *El caso del siglo: El Estado francés es acusado por inacción contra el cambio climático*.

Robaina, Eduardo (2021): C*ondenado el gobierno de Francia por inacción climática*.

Robaina, Eduardo (2021a): "Joana Setzer: Los litigios climáticos no son la única ni la mejor opción para combatir el cambio climático". Disponible en www.climatica.lamarea.com/joana-stezer-litigios-climaticos/[fecha de consulta: 8 de septiembre de 2021].

Rock, Ellen (2021): "Superimposing private duties on the exercise of public powers: *Sharma v Minister for the Environment*", *Australian Public Law*.

Sevillano, Elena G. (2021): "Alemania adelanta cinco años su objetivo de neutralidad climática: cero emisiones en 2045", *El País* (Madrid).

Solanes Corella, Ángeles (2020): *Desplazados y refugiados climáticos: La necesidad de protección por causas medioambientales*.

The Agility Effect (2021): "Ørsted pronto será la primera empresa energética neutra de carbono". Disponible en www.theagilityeffect.com/es/article/orsted-pronto-sera-la-primera-empresa-energetica-neutra-en-carbono/ [fecha de consulta: 5 de septiembre de 2021].

The Conversation (2020): *The dramatic dismissal of a landmark youth climate lawsuit might not close the book on that case.*

The Guardian (2020): *Portuguese children sue 33 countries over climate change at European court*.

Transnational Institute - TNI (2009): *Por un tribunal internacional de justicia climática*.

Tribunal Administrativo de París (2021): "El asunto del siglo: el Estado deberá reparar el daño ecológico del que es responsable".

Tudela, Fernando (2014): *Negociaciones Internacionales sobre cambio climático: Estado actual e implicaciones para América Latina y el Caribe. Naciones Unidas (CEPAL) y Cooperación Alemana Deutsche Zusammenarbeit*.

Van Ho, Tara (2020): "Vedanta Resources Plc and Another v. Lungowe and others". *American Journal of International Law*, vol. 114, pp. 110-116.

Varvastian, Samvel and Felicity Kalunga (2020): "Transnational Corporate Liability for Environmental damage and Climate Change: Reassesing access to justice after Vedanta v. Lungove". *Transnational Environmental Law* (Cambridge Universtiy Press).

Viveros Uehara, Thalia y Rodolfo Godínez Rosales (2016): C*ambio climático y derechos humanos* (CNDH).

Wentz, Jessica (2016): "Climate Change and Environmental Impact Assessment". *Decision Making in Environmental Law*, vol. ii.

Wilensky, Meredith (2015): "Climate Change in the Courts: An Assessment of Non-U.S. Climate Litigation". *Duke Environmental Law & Policy Forum*, vol. xxvi, pp. 131-179.

Young, Holy (2020): "Jóvenes activistas portugueses demandan a 33 países por el clima", *Deutsche Welle (DW)* (Berlín-Bonn).

Normas

Asamblea Constituyente (1991): Constitución Política de la República de Colombia.

Asamblea Constituyente (2010): Constitución Política de la República Dominicana.

Asamblea Constituyente (2014): Constitución de Túnez.

Asamblea Constituyente (1814): Constitución de Noruega.

Consejo Parlamentario (1949): Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. Constitución de República Federal de Alemania.

Consejo de Europa (1950): C*onvenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*. Disponible en www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf [fecha de consulta: 2 de septiembre de 2021].

Ministerio del Interior y de Relaciones del Reino de los Países Bajos (2008): "La Constitución del Reino de los Países Bajos". Disponible en www.constituteproject.org/constitution/Netherlands_2008.pdf [fecha de consulta: 1 de septiembre de 2021].

ONU-Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos. "Cambio climático y los Principios Rectores". Disponible en www.ohchr.org/SP/Issues/Business/Pages/Climate-Change-and-the-UNGPs.aspx [fecha de consulta: 16 de noviembre de 2021].

Organización de Naciones Unidas (2015): Acuerdo de París (de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático).

Organización de Naciones Unidas (1951): Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

Organización de Naciones Unidas (1992): Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

Organización de Naciones Unidas (1998): Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

Organización de Naciones Unidas, ACNUR (2018): Pacto Mundial sobre Refugiados.

Unión Europea (1957): Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

Jurisprudencia

Consejo de Estado (2019-2021): Commune de Grande-Synthe v. France. Climate Case Chart.

Corte Constitucional de Colombia (2016): Decisión C-035/16. Climate Case Chart.

Corte Constitucional Federal de Alemania (2020-2021): Neubauer, *et al.* v. Germany. Climate Case Chart.

Corte Federal de Australia (2020): Sharma and others v. Minister for the Environment. Climate Case Chart.

Corte Suprema de Justicia de Colombia (2018): Future Generations v. Ministry of Environment and others. Climate Case Chart.

Organización de Naciones Unidas (2021): Consejo de Derechos Humanos. Resoluciones 48/13 y 48/14.

Tribunal General de la UE / Corte de Justicia de la UE (2018-2021): Armando Ferrão Carvalho y otros v. el Parlamento y Consejo Europeos. Climate Case Chart.

Tribunal de Distrito de Eugene, Oregon / Corte de Apelaciones del Noveno Circuito Federal (2015-2021): Juliana y otros v. USA y otros. Climate Case Chart.

Tribunal de Distrito de La Haya / Corte de Apelaciones de La Haya / Corte Suprema de los Países Bajos (2015-2019): Urgenda Foundation v. State of the Netherlands. Climate Case Chart.

Tribunal de Distrito de Oslo / Tribunal de Apelación de Bogarting / Corte Suprema de Noruega (2016-2020): Greenpeace Nordic Association and Nature & Youth v. Ministry of Petroleum and Energy. Climate Case Chart.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2020): Duarte Agostinho and others v. Portugal and other 32 States. Climate Case Chart.

Tribunal Administrativo de París (2018): Notre Affaire à Tous and others v. France. Climate Case Chart.

Tribunal de Distrito de La Haya (2019): Miliedefensie y otros v. Royal Dutch Shell. Climate Case Chart.

Tribunal Nacional Verde (2014): Corte de oficio v. Estado de Himachal Pradesh y otros.

Tribunal Nacional Verde (2017-2019): Pandey v. India. Climate Case Chart.

Tribunal Waitangi de Nueva Zelanda (2016): Maatatua District Maori Council v. New Zeland. Climate Case Chart.

POLÍTICA NACIONAL DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL: DESAFÍOS PARA LA LIBERTAD

ARTIFICIAL INTELLIGENCE NATIONAL POLICY: CHALLENGES FOR FREEDOM

María Francisca Labbé Figueroa[*]

Resumen: Este artículo introduce los principales aspectos de la Política Nacional De Inteligencia Artificial, la que fue promulgada en Chile durante el año 2021, y que pretende cumplir sus objetivos en los próximos diez años. También, plantea la preocupación frente al inminente avance de la inteligencia artificial, y al riesgo que supone para la libertad humana, específicamente en lo que pensar de manera libre respecta. El punto de partida del análisis es comprender que la inteligencia artificial significa razonar como lo haría un ser humano. En consecuencia, aceptar los beneficios que la inteligencia artificial aporta, ignorando sus peligros, es uno de los mayores riesgos que enfrenta la libertad humana. Para evitar tal situación, el artículo plantea los desafíos que en Chile quedan pendientes.

Palabras claves: Libertad humana, inteligencia artificial, política nacional

Abstract: This article addresses the Artificial Intelligence National Policy that Chile has enacted during 2021, and which intends to meet its objectives in the next ten years. Likewise, the concern is raised about the imminent advance of artificial intelligence in terms of the risk it represents to human freedom, as far as thinking freely is concerned. The starting point of the analysis is

[*] Abogada Pontificia Universidad Católica de Chile. LL.M. en Derecho Internacional, Comercio y Arbitraje Universidad de Heidelberg y Universidad de Chile. Magíster en Dirección y Gestión Tributaria Universidad Adolfo Ibañez. Profesora investigadora, Centro de Derecho Regulatorio y Empresa. Facultad de Derecho. Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: mlabbe@udd.cl

to understand that artificial intelligence means reasoning as a human being would. Consequently, accepting the benefits that artificial intelligence brings, while ignoring its dangers, is one of the greatest risks that human freedom is actually facing. To avoid such a situation, the challenges that remain pending in Chile are raised.

Keywords: Human freedom, artificial intelligence, national policy.

Introducción

En el siglo IV a. C., Aristóteles reconocía que el ser humano es un ser social que, a través de la palabra, era capaz de distinguir lo conveniente de lo inconveniente, lo justo de lo injusto[1]. Es decir, para Aristóteles las personas podían pensar y así comprender el mundo, siendo los únicos seres capaces de razonar.

En la actualidad, la afirmación de Aristóteles parece no ser del todo correcta. Debido a los avances de la tecnología, ya no solo las personas piensan, dado que también las máquinas pueden hacerlo. Así, algunas herramientas de inteligencia artificial (IA) son especialistas en apoyar al ser humano en la toma de decisiones, dada su capacidad de analizar enormes volúmenes de datos a velocidades inimaginables e inalcanzables para cualquier ser humano. Otros mecanismos aprenden a pensar, y son capaces de tomar sus propias decisiones sin mediar participación humana alguna[2].

En virtud de sus características y capacidades[3], la IA se ha transformado en parte de la vida cotidiana de las personas, extendiéndose a los más variados campos de aplicación, significando mejoras a la productividad en diversas industrias y aumentando la efectividad de servicios públicos y privados. En consecuencia, la calidad de vida de los seres humanos se ha visto incrementada.

A pesar de los beneficios que la IA ha representado para la humanidad, su utilización no ha estado exenta de debate, por los riesgos que puede significar.

Es por esta razón que los países han comenzado a plantear estrategias nacionales para hacer frente a los avances en materia de IA, y contrarrestar los eventuales efectos negativos que puedan acarrear.

Chile no se ha quedado atrás. En el año 2021 se publicó el decreto 20 del Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, por el

[1] Aristóteles (1988), p. 51.
[2] Harrington (2017), p. 650.
[3] Hofmann (2018), p. 41.

cual se aprobó la Política Nacional de Inteligencia Artificial (PNIA) para los próximos diez años.

El objetivo del artículo es describir y analizar la PNIA chilena, tomando en cuenta el impacto que la IA puede tener en materia libertad humana, desde el punto de vista de la razón y la conciencia humana para así plantear los eventuales desafíos pendientes que puedan quedar.

Para el fin expuesto, el trabajo se estructura en cuatro capítulos. En el primero de ellos se tratará el concepto de IA, para comprender así lo que se pretende analizar. El segundo capítulo se refiere a la libertad y su relación con la IA. El tercer capítulo estará dedicado a realizar una descripción y breve análisis de la PNIA. El cuarto capítulo trata los desafíos pendientes en materia de PNIA. Para finalizar, se exponen los aspectos más relevantes del estudio, en las conclusiones.

I. Inteligencia artificial: concepto

El término IA es algo ambiguo y no hay una definición única en el mundo académico[4]. Además, es un concepto que evoluciona de manera constante con el transcurso del tiempo y que comprende una variada cantidad de técnicas computacionales[5], la discusión sobre su conceptualización no se presenta respecto de la palabra 'artificial' sino que en relación con la voz 'inteligencia'[6].

Según Jacob Turner[7], la mayor parte de las definiciones de IA pueden clasificarse en dos categorías:

a) definiciones centradas en el ser humano y
b) definiciones racionalistas.

Una definición centrada en el ser humano es aquella cuyo aspecto principal tiene relación directa con la capacidad de imitar el comportamiento humano[8]. Así, desde que se inventó el concepto de IA por John McCarthy en 1955, este se entiende que corresponde a aquella que permite que una máquina actúe como lo haría un ser humano inteligente. En el mismo sentido, para Ray Kurzweil[9] la IA es el arte de crear máquinas que puedan realizar funciones que requieren de inteligencia cuando son realizadas por personas.

[4] García y Ruvalcaba (2021), p. 7.
[5] *Ibid*.
[6] Turner (2019), p. 7.
[7] *Op. cit.*, pp. 9-22.
[8] García y Ruvalcaba (2021), p. 7.
[9] Kurzweil (1992), Chapter 1.

Por su parte, las definiciones racionalistas intentan evitar la conexión entre la IA y la humanidad, centrándose en la capacidad de las máquinas de pensar de manera racional, es decir, de tener metas predefinidas y encaminar sus acciones hacia aquellas o, bien, en el hacer las cosas de manera correcta y oportuna[10].

Reconociendo que existen miles de fórmulas para dar un concepto de IA, parece relevante destacar la definición de Jacob Turner[11], puesto que su objetivo es darle un significado que se adapte a las necesidades de la regulación de la IA desde el punto de vista legal. Su propuesta consiste en preguntarse cuál es el único factor de la IA que necesita regulación, para construir una definición sobre la base de la respuesta dada a tal pregunta. Así, este autor considera que inteligencia es la habilidad de tomar decisiones; y la preocupación desde el punto de vista regulatorio respecto de la inteligencia es la naturaleza de las decisiones, y el efecto que producen en el mundo[12]. Por esta razón, define IA de la siguiente manera: "Inteligencia Artificial es la habilidad de una entidad no natural de tomar decisiones mediante un proceso evaluativo"[13].

Por su parte, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), propone la siguiente definición de IA:

> "Un sistema computacional que puede, para un determinado conjunto de objetivos definidos por humanos, hacer predicciones y recomendaciones o tomar decisiones que influyen en entornos reales o virtuales. Los sistemas de IA están diseñados para operar con distintos niveles de autonomía"[14].

Con ambas definiciones en mente, en los capítulos siguientes se revisan algunos aspectos relevantes sobre la libertad y la IA, para luego analizar la PNIA que Chile ha venido desarrollando en los últimos años.

II. Libertad e inteligencia artificial

La PNIA busca posicionar a Chile en la vanguardia de la relación con la IA, en un plazo de diez años. Esto es altamente beneficioso, ya que no es posible imaginar el futuro sin considerar que la convivencia diaria será con alguna

[10] Turner (2019), p. 13.
[11] *Op. cit.*, p. 15.
[12] *Ibid.*
[13] *Op. cit.*, p. 16.
[14] OCDE (2019).

de las versiones de IA. Sus herramientas son útiles y, por eso, el ser humano debe aprovecharlas. Sin embargo, aun cuando pueden ser concebidos por sus creadores como instrumentos beneficiosos para la humanidad, pueden ser utilizados en contra del ser humano.

Es por ello, que algunos autores ya han comenzado a preguntarse sobre los límites entre lo natural y lo artificial, y hasta dónde puede llegar la libertad humana en el desarrollo de tecnologías de IA[15]. De igual forma, los abogados deben empezar a pensar sobre la responsabilidad jurídica que le corresponde al que desarrolla y al que utiliza la IA, cuando lo realiza de manera tal que se perjudica la dignidad humana.

Sobre este punto, parece conveniente hacer referencia el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), que señala:

> "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".

Algunos consideran que la idea central es que las personas poseen dos rasgos que les son de alguna manera, inalienables, a saber: la dignidad y los derechos humanos[16]. Estando de acuerdo con ellos, no es posible dejar de destacar que la misma DUDH reconoce que las personas han sido dotadas de razón y conciencia. Y es ahí donde reside la dignidad del ser humano. Son esos atributos los que nunca se pueden perder o entregar, ya sea a manos de otro ser humano, o como consecuencia de la intervención de algún mecanismo de IA.

Lo anterior es bastante relevante si se tiene presente que con los avances en materia de IA, todo se vuelve cada vez más sofisticado. El riesgo que la humanidad corre es que se agraven las desigualdades sociales, que los seres humanos se vuelvan más violentos, menos civilizados y que las libertades fundamentales se vean cada vez más amenazadas.

En consecuencia, aun cuando es deseable que se implementen sistemas de IA en ciertos servicios públicos y privados, y que el país se encamine hacia un ecosistema en el que convivan los seres humanos con la IA, las personas deben ser lo suficientemente inteligentes para no dejarse gobernar (ni en lo físico ni en lo intelectual) por mecanismos de IA que puedan reemplazarlos en aquellas funciones que los identifican como humanos, es decir, la razón y conciencia.

Es sabido que los avances tecnológicos han sustituido a los seres humanos en funciones que antes solo estos podían realizar. Pero el riesgo es cada

[15] Juri (2021), p. 2.
[16] *Ibid*.

vez mayor, dado que la IA evoluciona de manera exponencial, siendo cada vez más cierta la posibilidad de que las personas puedan ser reemplazadas, también en el ámbito del pensamiento. Sus límites son desconocidos, lo que debe servir de alarma para mantener la alerta, porque si las máquinas pueden pensar por los humanos, es decir, con independencia total de ellos, entonces la libertad de las personas queda disminuida a su mínima expresión, y su condición de seres dotados de razón y conciencia, desaparece.

Lo dicho antes implica que es necesario apoyar los avances en IA, reconociendo siempre que se encuentran al servicio del ser humano. Por esto, el control jurídico y ciudadano debe ser constante, orientado al bien común, y contar con la intervención de las autoridades e instituciones públicas correspondientes[17].

Es en estos temas donde el triángulo de oro, compuesto por el sector público, el privado y la academia, junto a los grupos que, en definitiva, están a cargo de la conservación de la especie humana, como lo son los jóvenes y las mujeres, deben liderar con responsabilidad el camino hacia la conservación de la libertad de la humanidad.

Para terminar este capítulo, se señala que, así como las personas han ido cambiando, y lo seguirán haciendo, las sociedades evolucionarán cada vez más, al ritmo de los avances tecnológicos. Por esta razón, la tendencia ha sido que los países comiencen a diseñar políticas sobre IA, y Chile no se ha quedado ajeno a ello.

III. Chile: Política Nacional de Inteligencia Artificial

Es sabido que las nuevas tecnologías forman parte de las vidas de las personas, y que la IA ha significado vivir en un proceso constante y exponencial de cambios en la forma de relacionarnos y de desempeñarse. Así, la IA afecta la vida humana, tanto en su dimensión individual como social, razón por la cual se hace necesario que los países busquen estrategias que permitan resguardar los derechos de las personas, mientras impulsan los avances tecnológicos y fomentan la educación en nuevas tecnologías con miras a protección de la privacidad, la libertad y la seguridad de los seres humanos.

Chile no se encuentra ajeno a este proceso y, es por ello, que el 20 de septiembre de 2021, se promulgó el decreto 20 del Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, por el cual se aprobó la PNIA, que contiene los lineamientos estratégicos para el país en materia de IA durante

[17] Juri (2021), p. 9.

los próximos diez años. Su principal objetivo es empoderar a las personas tanto en el uso y desarrollo de herramientas de IA como en la participación en el debate sobre consecuencias legales, éticas, sociales y económicas de su utilización[18].

Su objetivo es convertir a Chile en un país vanguardista en materia de IA, insertándolo dentro de un marco de colaboración global y en un ecosistema de investigación, desarrollo e innovación en estas materias. Asimismo, se pretende impulsar las capacidades orientadas a la IA tanto en el sector privado como en el público, y también en el mundo académico. Además, busca que estas capacidades sean orientadas de manera transversal por los principios de oportunidad y responsabilidad, y que contribuyan a un desarrollo sustentable, permitiendo también mejoras en la calidad de vida de las personas[19].

Se construye sobre la base de cuatro principios, y se encuentra dividido en tres ejes, siendo tanto los principios como los ejes interdependientes entre sí. Cada uno de los ejes introduce objetivos y acciones prioritarias que Chile debe emprender en un horizonte de diez años[20].

Sus cuatro principios transversales son:

a) IA con centro en el bienestar de las personas, respeto a los derechos humanos y la seguridad;
b) IA para el desarrollo sostenible;
c) IA inclusiva y
d) IA globalizada y en evolución.

Por su parte, los ejes sobre los cuales se estructura son:

a) Factores habilitantes;
b) Desarrollo y adopción y
c) Ética, aspectos legales y regulatorios, e impactos socioeconómicos.

Los párrafos siguientes se dedican a presentar los objetivos y ejes enunciados.

a. Principio número uno:
IA con centro en el bienestar de las personas,
respeto a los derechos humanos y la seguridad

De acuerdo con lo establecido en la PNIA[21], la IA debe contribuir al bienestar integral de las personas, y todas las acciones estarán orientadas a que

[18] BCN (2021), p. 5.

[19] *Ibid.*

[20] El objetivo de la PNIA se debe cumplir en el año 2031. Para ello, los ejes establecen acciones a seguir. Estas exceden el objetivo de este artículo, por lo cual no son abordadas.

[21] BCN (2021), p. 5.

las personas tengan una mejor calidad de vida. Ello permite aprovechar los beneficios de la IA, por una parte, y abordar sus riesgos y potenciales impactos negativos, por la otra.

Asimismo, en virtud de este principio, se deben respetar de manera irrestricta los derechos humanos, proteger los datos, evitar toda discriminación arbitraria en la toma de decisiones y proteger cualquier posible violación de la seguridad nacional.

b. Principio número dos:
IA para el desarrollo sostenible

Esta regla parte por reconocer que la IA tiene un gran potencial para que los países como Chile puedan diversificar su matriz económica y hacer más productivas sus industrias, al mismo tiempo que se promueve la investigación, tecnología, innovación y las aplicaciones comerciales derivadas del ecosistema generado en virtud de lo fomentado.

De esta manera, en razón de este precepto, las acciones que se lleven a cabo deberán orientarse a potenciar el uso y desarrollo de la tecnología en el país, el fortalecimiento del ecosistema y la incorporación de la IA como un eje del desarrollo sostenible del país.

En consecuencia, con el objetivo de avanzar en la línea del desarrollo del país, satisfaciendo las necesidades de la generación actual sin comprometer la disponibilidad de recursos naturales para las generaciones futuras, de acuerdo con lo determinado por la PNIA, la incorporación de IA debe hacerse con consideraciones sociales y medioambientales.

c. Principio número tres:
IA inclusiva

Como es sabido, los algoritmos se alimentan de datos para hacer predicciones y así permitir a los agentes tomar decisiones. En razón de ello, la transparencia y explicabilidad de los datos son esenciales. Así, el principio de IA inclusiva se orienta hacia los atributos de integridad y calidad de los datos, de manera tal que los sesgos que existan sean conocidos y puedan ser tratados de manera adecuada.

Por consiguiente, la IA no debe discriminar sobre la base de categorías protegidas, ni ser utilizada en perjuicio de ningún grupo. Además, la IA debe desarrollarse con perspectiva de género y diversidad sexual, inclusiva a grupos históricamente relegados. De igual forma, la IA debe desarrollarse con especial consideración por niñas, niños y adolescentes, desde una perspectiva de protección, provisión y participación. También, en relación con la IA se

reconoce la importancia y necesidad de generar estrategias regionales o macrozonales que permitan aprovechar los beneficios de las tecnologías desde la particularidad y diversidad de cada territorio.

d. Principio número cuatro:
IA globalizada y en evolución

El principio en comento se refiere a las acciones e iniciativas en materia de IA desde Chile, en cuanto a que se insertarán en el contexto internacional, impulsando la participación en los espacios bilaterales o multilaterales en los que el país sea parte, alineándose con los principios y acuerdos que Chile ha suscrito y con los de la OCDE. Además, deberán actualizarse según a como vayan evolucionando en el futuro[22].

e. Eje número uno:
Factores habilitantes

Para efectos de la PNIA, los factores habilitantes son aquellos elementos estructurales que posibilitan la existencia y el despliegue de la IA. Dentro de estos factores se incluyen el desarrollo de talentos, la infraestructura tecnológica y los datos[23].

En cuanto a los objetivos que la PNIA pretende alcanzar en lo que a desarrollo de talentos se refiere, cabe destacar los siguientes: promover la formación de habilidades, conocimientos y aptitudes en el área de IA en el sistema escolar; evaluar, incorporar e impulsar la IA como una disciplina transversal en la formación profesional y técnico-profesional, promover la formación de habilidades, conocimientos y aptitudes en el área de IA a todos los trabajadores chilenos; fomentar la creación de programas especializados de IA en la malla curricular de las instituciones de educación superior, y al mismo tiempo, su incorporación en forma transversal a través de distintas disciplinas; incrementar la cantidad de expertos y expertas en IA, es decir, magister y doctores, a un valor igual o superior al promedio de la OECD y crear incentivos para la incorporación de este talento tanto al sector académico como al Estado y privado y coordinar el sistema nacional de ciencia, tecnología, conocimiento e innovación para que el talento formado apunte al futuro que se espera alcanzar[24].

Por su parte, los principales objetivos de la PNIA en relación con la infraestructura tecnológica son: convertir a Chile en un *hub* global para el He-

[22] BCN (2021), p. 6.
[23] *Ibid.*
[24] BCN (2021), pp. 7, 11.

misferio Sur en infraestructura tecnológica que esté a la vanguardia global en IA; desplegar la infraestructura de conectividad que garantice un acceso con altos estándares de calidad para chilenos y chilenas; desplegar infraestructura tecnológica que aumenta las capacidades de almacenamiento y procesamiento en el país y coordinar al ecosistema de ciencia, tecnología, conocimiento e innovación para conocer las necesidades de infraestructura tecnológica asociada a IA que el futuro requiere[25].

Por su parte, en lo que a datos respecta, como objetivo la PNIA se ha planteado fomentar y consolidar una agenda de datos de interés público, que resulte tanto en certezas legales como en definiciones claras de responsabilidades al interior del Estado, y que impulse un ecosistema público-privado de generación y acceso a datos de calidad para el uso y desarrollo de IA y tecnologías afines[26].

f. Eje número dos:
Desarrollo y adopción

Este eje se refiere al espacio donde se crea y despliega la IA, esto es, quienes generan proveen y demandan sus diferentes aplicaciones y técnicas, tales como: inteligencia básica y aplicada, transferencia tecnológica, innovación, emprendimiento, mejoramiento de servicios públicos, desarrollo económico basado en tecnología, entre otros.

Se incluyen dentro del espacio de creación y despliegue de la IA a la academia, al Estado, al sector productivo y a la sociedad civil.

En esta materia, la PNIA plantea los siguientes desafíos: generar indicadores de productividad de la IA para Chile; potenciar la innovación y desarrollo chilena (I+D) en IA para lograr un nivel igual o superior al promedio OECD; impulsar la colaboración entre la academia y el sector productivo para I+D de sistemas con IA; fomentar el desarrollo del ecosistema de I+D en IA donde el Estado, el sector productivo y la academia generen, estén atentos e inviertan en oportunidades relacionadas con IA; fomentar e impulsar la productividad económica de la IA para llegar a niveles iguales o superiores al promedio de crecimiento económico para países OCDE por el impacto de la IA; acelerar la modernización del Estado mediante IA e incorporar IA en la mitigar y adaptación al cambio climático[27].

[25] BCN (2021), pp. 11, 13.
[26] *Op. cit.*, pp. 13-14.
[27] *Op. cit.*, pp. 15,19.

g. Eje número tres: Ética, aspectos legales y regulatorios, e impactos socioeconómicos

En este eje se tratan las nuevas discusiones que han surgido a propósito de la interacción humano-máquina y el sistema socio-técnico que se configura. Algunos de los temas incluidos en este eje se encuentran en un estado más avanzado y otros recién comienzan a ser discutidos.

No obstante, y a pesar de su heterogeneidad, se reconoce la importancia de considerar la discusión ciudadana y la experiencia, tanto nacional como internacional. En efecto, se busca abordar aspectos éticos, sociales y económicos, junto a otros como protección al consumidor, propiedad intelectual, ciberseguridad, explicabilidad/transparencia, género, impacto en el mercado laboral[28].

Dado que la utilización de IA representa riesgos asociados a los derechos fundamentales, como objetivo en materia de ética, la PNIA se ha propuesto impulsar la construcción de certezas regulatorias sobre los sistemas de IA que permitan su desarrollo, respetando los derechos fundamentales de acuerdo con la Constitución y las leyes, e impulsar la transparencia algorítmica[29].

Por su parte, tomando en cuenta la necesidad de que las personas debemos adaptarnos a los crecientes cambios que la interacción con la IA representa, la PNIA tiene como objetivos los siguientes: realizar análisis prospectivos para detectar de manera activa las ocupaciones más vulnerables; anticipar la creación de nuevos empleos por IA y apoyar a los trabajadores en la transición a nuevas ocupaciones, minimizando sus costos personales y familiares, y proveer apoyo a los trabajadores frente a la automatización[30].

4. Desafíos pendientes

A pesar de que la PNIA abarca bastantes temas relevantes en materia de IA, en virtud de que las personas son seres en constante evolución, siempre existirán desafíos pendientes. Este capítulo está dedicado a enunciar algunos de ellos.

En primer lugar, destaca la opinión de Macarena Gatica[31], quien sostiene que en Chile aún existen brechas en conocimiento y manejo de tecno-

[28] BCN (2021), p. 6.
[29] *Op. cit.*, pp. 20-21.
[30] *Op. cit.*, pp. 21-22.
[31] García y Ruvalcaba (2021).

logías e IA y, por lo tanto, las fuerzas de trabajo no se encuentran capacitadas para desenvolverse en ecosistemas muy influenciados por la IA. Asimismo, le parece relevante actualizar la regulación en materia de protección de datos, armonizándola con los principios contenidos en Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) de la Unión Europea.

Otro tema destacado por Macarena Gatica[32] como desafío pendiente en materia de IA, es la necesidad de profundizar en la cooperación entre el sector público y el privado, para lograr una mejor cohesión en el desarrollo de la IA. De manera análoga, reconoce la existencia de asimetrías entre proveedor y consumidor, producidas por la utilización de IA, en especial en el comercio electrónico.

Por otro lado, Carlos Araya reconoce que elaborar una PNIA no es simple. Sin embargo, recomienda la introducción de medidas preventivas en este tipo de políticas públicas[33], tales como: la elaboración de una base de principios que guíen el desarrollo de los sistemas de IA; la provisión de fondos para el desarrollo y uso de aplicaciones de IA en áreas de mayor necesidad; proporcionar incentivos a los investigadores para que publiquen los datos asociados a sus investigaciones. En la misma línea de medidas preventivas, propone la autorregulación de la industria[34], dado que la reconoce como una forma eficiente cuando es reconocida por los actores correspondientes, la certificación de seguridad de algunas soluciones de IA[35], y la introducción de esquemas regulatorios flexibles[36]. Finalmente, plantea la posibilidad de introducir un modelo de *safe harbor* en materia de IA, como medida correctiva[37].

Por supuesto que no hay duda de que la IA forma parte de las vidas de las personas. Sin embargo, existen aspectos que aún no se han resuelto y que se plantean como necesidades que Chile debe intentar solucionar de manera previa, porque solo así se garantizará la libertad de pensamiento del ser humano frente a la irrupción de la IA. La PNIA es un avance, pero no es todo.

Teniendo en consideración lo anterior, los primeros desafíos pendientes desde el punto de vista de la regulación en materia de IA, tienen relación con la necesidad de garantizar y proteger el derecho de acceso a internet libre, de calidad y en igualdad de condiciones. Asimismo, la protección de la

[32] Gatica, Ormeño y Urzúa (2021).

[33] Araya (2020), p. 281.

[34] Véase *Ibid.*, para un análisis sobre autorregulación en materia de IA.

[35] Véase *Op. cit.*, p. 282, para un análisis sobre certificaciones para soluciones de IA.

[36] Véase *Op. cit.*, p. 283, para un análisis sobre esquemas regulatorios flexibles en materia de IA.

[37] Véase *Op. cit.*, p. 285, para un análisis del modelo de *safe harbor* aplicado a soluciones de IA.

identidad digital se vuelve hoy una necesidad primordial frente al avance de la IA. Y la educación para vivir en un entorno digital es también un derecho prioritario a ser reconocido y garantizado.

No obstante, todo ello debe supeditarse al reconocimiento de que tanto el Estado como la IA están al servicio de la persona humana, y no al revés. Es en esta declaración donde se encuentra la base para mantener firmes las libertades humanas, entre las que se encuentras las de razón y conciencia.

Es recomendable que todos estos derechos tengan reconocimiento a escala constitucional, de manera tal que sean piedra fundamental del Chile del futuro, y así absorban la esencia de los principios de libertad e igualdad.

Conclusión

La DUDH reconoce que, así como los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, también son dotados de razón y conciencia. Es la habilidad de pensar la que, hasta ahora, los diferencia de otros seres.

Como es posible notar, las herramientas de IA han irrumpido en la sociedad, convirtiéndose en parte de las vidas de las personas, de la cotidianidad de la humanidad. De acuerdo con Jacob Turner, IA es "la habilidad de una entidad no natural de tomar decisiones mediante un proceso evaluativo".

Es muy deseable que se implementen mecanismos de IA en servicios públicos y privados, de manera tal que el país se dirija hacia un ecosistema en el que los seres humanos puedan convivir de manera armónica con la IA. No obstante, el punto de inflexión es que las personas no deben dejarse gobernar ni lo físico ni en lo intelectual por mecanismos de IA.

Con el objetivo de empoderar a las personas, tanto en el uso como en el desarrollo de la IA, como en la participación en el debate sobre los efectos de su utilización, Chile promulgó en el año 2021 la PNIA. Esta se construye sobre la base de cuatro principios y se encuentra dividida en tres ejes, a saber:

a) Principio de IA con centro en el bienestar de las personas, respeto a los derechos humanos y a la seguridad;
b) Principio de IA para el desarrollo sostenible;
c) Principio de IA inclusiva;
d) Principio de IA globalizada y en evolución;
e) Eje Factores Habilitantes;
f) Eje Desarrollo y Adopción y
g) Eje Ética, aspectos legales y regulatorios e impactos socioeconómicos.

La PNIA es un primer gran paso para Chile. Sin embargo, siempre existen desafíos pendientes, y este caso no es la excepción. Autores como Macarena

Gatica destacan las brechas en conocimiento y manejo de tecnologías de IA, las necesidades de armonizar la regulación en materia de protección de datos con el RGPD y de profundizar en la cooperación entre el sector público y el privado en materia de IA. Asimismo, reconoce la existencia de asimetrías entre proveedor y consumidor por la utilización de IA.

Por su parte, autores como Carlos Araya recomiendan la introducción de medidas preventivas en las políticas públicas en materia de IA, destacando entre ellas la autorregulación de la industria, la certificación de seguridad de soluciones de IA, y la introducción de esquemas regulatorios flexibles. También propone la introducción de un modelo de *safe harbor*, como medida correctiva.

En conclusión, los primeros desafíos que deben abordarse son la necesidad de garantizar y proteger el derecho de acceso a internet libre, de calidad y en igualdad de condiciones para todos los habitantes de Chile; la protección de la identidad digital; la educación para vivir de forma responsable en un entorno digital como derecho garantizado y protegido; y el reconocimiento de que tanto el Estado como la IA están al servicio de la persona humana, y no al revés.

Bibliografía

Araya Paz, Carlos. (2020): "Desafíos legales de la Inteligencia Artificial en Chile". *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 9, n.° 2, pp. 257-290- DOI: 10.5354/0719-2584.2020.54489

Aristóteles (1988): *Política. Introducción, traducción y notas de Manuela García Valdés* (Madrid: Editorial Gredos). Disponible en https://bcn.gob.ar/uploads/ARISTOTELES,%20Politica%20(Gredos).pdf [fecha de consulta: 20 de abril de 2022].

García Benítez, Víctor Hugo y Edgar A Ruvalcaba-Gómez (2021): "Análisis de las estrategias nacionales de inteligencia artificial en América Latina: Estudio de los enfoques de ética y de Derechos Humanos". *Revista de Gestión Pública*, vol. 10, n.° 1, pp. 5-32. DOI: 10.22370/rgp.2021.10.1.3151

Harrington, Joseph. H (2017): "Developing competition law for collusion by autonomous artificial agents". *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 14, No. 4, pp. 638-671. DOI: 10.1093/joclec/nhz001

Hoffmann, Wolfgang (2018): *Big data: Desafíos también para el derecho* (Madrid, Thomson Reuters).

Juri, Yamila Eliana (2021). "Inteligencia Artificial y dignidad humana. Los desafíos para el derecho". *Revista Justicia y Derecho*, vol. 4, n.° 2, pp. 1-12. DOI:10.32457/ryjd.v4i2.1350

Kurzweil, Ray (1992): *The Age of Intelligent Machines* (Cambridge, Massachusetts, MIT Press).

Turner, Jacob (2019): *Robot Rules. Regulating Artificial Intelligence* (Palgrave Macmillan).

Normas

BCN (2021): Decreto 20. Aprueba Política Nacional de Inteligencia Artificial. C. Disponible en www.bcn.cl/leychile/navegar?i=1169399&f=2021-12-03 [fecha de consulta: 20 de abril de 2022].

ONU (1948): Declaración Universal de Derechos Humanos. Disponible en www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights [fecha de consulta: 12 de abril de 2022].

Otras fuentes

OCDE (2019): "Principles on AI. Going Digital, Making the transformation work for growth and well-being". Disponible en www.oecd.org/going-digital/ai/principles/ [fecha de consulta: 12 de abril de 2022].

Gatica, Macarena, María Ignacia Ormeño, Jaime Urzúa (2021). *Chile: Principles and axes of Chile's AI Policy*. Disponible en www.dataguidance.com/opinion/chile-principles-and-axes-chiles-ai-policy [fecha de consulta: 20 de abril de 2022].

RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN Y PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL: UNA REVISIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL MANDANTE

SUBCONTRACTING REGIME AND LABOR PROTECTION PROCEDURE: A REVIEW OF PRINCIPAL'S LIABILITY

Patricia Fuenzalida Martínez[*]

Resumen: El presente trabajo analiza la posibilidad de emplazar en el juicio sobre tutela laboral a la empresa principal o mandante y, en consecuencia, de extenderle los efectos de la condena, haciéndola responsable del pago de las indemnizaciones que deriven de la vulneración de derechos fundamentales, sea que hayan sido cometidas por ella o por el empleador y contratista. Estudio que considera tanto la normativa vigente como las posturas doctrinarias y jurisprudenciales sobre el tema, para concluir que la respuesta positiva resulta del todo procedente y no contraviene la preceptiva sobre el procedimiento en cuestión ni aquella que establece el régimen de subcontratación.

Palabras claves: Tutela laboral, subcontratación, indemnizaciones, responsabilidad, mandante.

Abstract: This paper analyzes the possibility of summon to trial on labor protection the main or principal company and, consequently, extending the effects of the sentence, making it responsible for the payment of the indemnities that derive from the violation of fundamental rights, whether that these have been committed by her or by the employer and contractor. Study that considers both the current regulations, as well as the doctrinal and jurisprudential positions on the subject, to conclude that the positive response is

[*] Patricia Fuenzalida Martínez, Abogada, profesora adjunta de la Facultad de Derecho de la Pontifica Universidad Católica de Chile. Relatora (I) Excma. Corte Suprema de Chile. Correo electrónico: pfuenzalida@pjuc.cl

entirely appropriate and does not contravene the prescriptive on the procedure in question nor that established by the subcontracting regime.

KEYWORDS: Labor protection, subcontracting, compensation, responsibility, principal.

I. INTRODUCCIÓN

Nuestro C*ódigo del Trabajo*, tras ser modificado por la Ley n.º 20087, de 3 de enero de 2006, contempla por primera vez, en su artículo 485 y siguientes, un procedimiento referido específicamente a la protección de los trabajadores frente a las vulneraciones de sus derechos fundamentales que se produzcan en el ámbito laboral, normativa que permite accionar cuando alguno de los derechos o garantías indicados en la norma, "resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador", frase que interpretada junto con el límite que el artículo 183 B de dicho C*ódigo* establece respecto de la responsabilidad de la empresa principal o mandante en contexto del régimen de subcontratación, ha llevado a la jurisprudencia y doctrina nacional a discutir la procedencia de extender este procedimiento y sus efectos, a esta última, habida cuenta que no es titular de las facultades patronales cuyo despliegue puede dar lugar al abuso o a la colisión de derechos en perjuicio del dependiente que esta preceptiva pretende erradicar.

Hasta la fecha, pese a los años de vigencia de la reforma procesal laboral, no se ha producido acuerdo en el ámbito doctrinario ni jurisdiccional, sin que, en lo que a la segunda atañe, este conflicto jurídico haya logrado ser materia de un pronunciamiento de fondo por parte de la Corte Suprema, a propósito del recurso de unificación de jurisprudencia que en el contexto de la misma reforma fue establecido por la Ley n.º 20260.

En las páginas siguientes abordaremos esa discusión, a fin de intentar contestar si la empresa principal puede ser considerada como legitimada pasiva en el procedimiento de tutela laboral, si para ello es necesario distinguir entre la vulneración de derechos cometida por ella o por el empleador y, en su caso, determinar la naturaleza de dicha responsabilidad, esto es, si se tratará únicamente de una de tipo solidario o si podrá, también en esta hipótesis, acogerse a las rebajas que regulan los artículos 183-C y 183-D del C*ódigo del Trabajo*. Análisis que deberá considerar lo dispuesto en los artículos 183-A y siguientes, y 485 y siguientes del referido C*ódigo*, que regulan el régimen de subcontratación y el procedimiento de tutela laboral, respectivamente, además de considerar los principios que rigen la interpretación de las normas laborales y de las relativas a derechos fundamentales.

Desde ya, anticipamos que nuestra respuesta será positiva, que sostendremos que el procedimiento de tutela alcanza en sus efectos tanto al empleador directo o contratista como a la empresa principal, por cuanto dicha interpretación es la que mejor se aviene con el principio protector que guía e inspira al derecho del trabajo, con la garantía de no discriminación y, en definitiva, con la dignidad humana de la cual emanan los derechos fundamentales que esta normativa está llamada a amparar de manera eficaz.

II. Los derechos fundamentales y su eficacia horizontal

Como cuestión previa, parece pertinente efectuar algunas consideraciones acerca de los derechos en cuya protección está la base y fundamento del procedimiento de tutela laboral, los que, a su vez, se originan en la dignidad que poseen hombres y mujeres, por el solo hecho de ser tales[1].

La Declaración Universal de Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1848, afirma en su artículo 1.°:

> "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros";

principio que nuestro ordenamiento interno recoge en el artículo 1.° de la Constitución Política de la República, al sostener que "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos", y que también sirve como límite al actuar del Estado, según lo expresa el inciso segundo de su artículo 5.°, al señalar:

> "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

Como se desprende de la última norma citada, los Estados no solo han asumido la obligación negativa de no efectuar actos contrarios a la dignidad humana, sino que se trata de un deber positivo de protección y promoción, mediante la consagración de garantías adecuadas, de los derechos fundamentales que son manifestación de dicha dignidad. A consecuencia de este pro-

[1] Entre otros, Cea (2012), p. 42; Fernández (1984), p. 107; Nogueira (2006), p. 223 y ss. y Peces-Barba (2004), p. 44.

ceso, los textos constitucionales han dejado de ser considerados meras declaraciones programáticas o mandatos dirigidos al legislador, reconociéndose su aplicación directa, el receptor es el ciudadano, quien puede esgrimirlos para proteger su libertad, sea en contra de la Administración del Estado y de los órganos que la integran, o de otro particular, adquiriendo con ello una eficacia horizontal, que se suma a la eficacia vertical previamente reconocida, de manera que:

> "A la tradicional dimensión vertical de los derechos fundamentales como derechos del individuo frente al Estado se suma su dimensión horizontal como derechos del individuo frente a otros sujetos privados, o sea, dentro de las formaciones sociales"[2].

La "constitucionalización del derecho"[3], caracterizada por el uso directo de las disposiciones constitucionales por jueces y ciudadanos, sin necesidad de mediación legislativa, así como su "eficacia horizontal"[4], esto es, la posibilidad de invocar los derechos en ella consagrados entre particulares, ha sido aceptada ampliamente, gozando de reconocimiento positivo en nuestra Carta Fundamental, cuyo artículo 6.° en sus incisos primero y segundo, respectivamente, recoge tanto el efecto vertical como el horizontal de los derechos constitucionales, conforme a los cuales sus preceptos obligan a los órganos del Estado, y a toda persona, institución o grupo.

Este proceso, que Humberto Nogueira caracteriza como el paso del Estado de derecho al Estado constitucional de derecho, ha transformado a la interpretación constitucional en un tema central, inexistente en el constitucionalismo clásico, dado que al considerarse a la Constitución como un asunto político no justiciable, no estaba sujeta a interpretación jurídica sino legal[5]; y, sin dudas, que la aplicación directa e inmediata de la normativa constitucional es un aspecto relevante cuando se trata del análisis e interpretación de la legislación procesal, que, tal como ocurre con la sustantiva, debe efectuarse de un modo acorde con la obligación de respeto y promoción de los derechos fundamentales asumida por el Estado, lo que exige al operador jurídico que se enfrenta a una regla adjetiva de cuyo sentido y alcance puede depender la eficacia de un derecho fundamental, privilegiar el que mejor se avenga con la dignidad humana.

El respeto y protección a la dignidad humana adquieren especial importancia cuando se trata de la normativa laboral, cuya existencia se basa,

[2] Ferrajoli (2010), p. 286.
[3] Cea (2012), p. 666.
[4] Gamonal (2011a), p. 53 y Ugarte (2009a), pp. 120-121.
[5] Nogueira (2006), pp. 45-47.

precisamente, en la profunda desigualdad existente entre las partes, característica que, en los hechos, importa "que el contrato pueda ser un instrumento de sometimiento de la voluntad de una persona a la de otra"[6], de manera que la subordinación y dependencia que define al contrato de trabajo, puede suponer, a la vez, un grave riesgo para el trabajador, ante el cual el derecho se encuentra obligado a brindar una respuesta oportuna y eficaz, ya que, como sostiene Norberto Bobbio: "El problema de fondo relativo a los derechos del hombre es hoy no tanto el de justificarlos, como el de protegerlos"[7].

III. Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos en el *Código del Trabajo*

Asentada la eficacia de las normas constitucionales en las relaciones entre particulares, debemos precisar que estas también alcanzan al ámbito de la relación de trabajo, donde:

> "La novedad no consiste en hacer efectivo los derechos fundamentales laborales tradicionales en las relaciones jurídicas del trabajo, como la libertad sindical o el derecho a huelga, sino hacer una aplicación concreta de los derechos fundamentales generales –denominados inespecíficos por la doctrina– al campo de las relaciones generadas al interior de la empresa"[8].

El reconocimiento de la vigencia de derechos inespecíficos en el ámbito laboral ha dado lugar al desarrollo del concepto "ciudadanía en la empresa"[9], que destaca su transformación en un espacio público, pues, como afirma Luigi Ferrajoli a propósito del estatuto de los derechos de los trabajadores italiano de 1970:

> "Gracias a la introducción de estos derechos, la fábrica, en cuanto lugar de trabajo, deja de ser un lugar privado –una simple propiedad inmobiliaria del patrono– y se convierte en un lugar público. También adquiere una dimensión pública la relación de trabajo, dentro de la cual el trabajador deja de ser una mercancía y se convierte en un sujeto de derechos fundamentales: o sea, de derechos inviolables y no negociables"[10].

---

[6] Supiot (2012), p. 222.
[7] Bobbio (1992), p. 128.
[8] Ferrada y Walter (2011), p. 93.
[9] Entre otros: Caamaño (2007), pp. 171 a 173 y Gamonal (2011a), pp. 56-57.
[10] Ferrajoli (2010), p. 287.

Este nuevo escenario de pleno reconocimiento a la eficacia de los derechos fundamentales dentro de la relación de trabajo, exigía un cambio en la legislación de la especialidad, que, exhibiendo una marcada preferencia por las acciones de contenido patrimonial y protectoras de derechos específicos laborales, no contemplaba ninguna destinada a su amparo, por lo que el trabajador víctima de este tipo de vulneraciones debía optar entre soportar estoicamente la situación; efectuar algún reclamo administrativo tendiente a la aplicación de una sanción administrativa, lo que bien podía motivar su posterior despido; poner término a su contrato mediante un despido indirecto, asumiendo la subsecuente cesantía y la incertidumbre del resultado de un juicio que no se contempla ningún alivio probatorio en su favor; o acudir a la acción general de protección, con sus limitados alcances en términos de actividad probatoria y de reparación del daño. Siendo fácil advertir que se trata de alternativas que no satisfacen las diferentes aristas de esta problemática en la forma que sí lo logra el procedimiento de tutela laboral.

En efecto, pese al relevante contenido extrapatrimonial del contrato de trabajo, en que el binomio dirección/subordinación, la potestad disciplinaria y la relación de poder[11], importan que pueda afectar intensamente la vida y persona de una de sus partes y que ciertos incumplimientos puedan acarrear daño moral[12], así como a la obligación asumida por el Estado en orden a respetar y promover los derechos fundamentales, el legislador laboral había limitado esa protección mayoritariamente a los aspectos patrimoniales de la relación, ofreciendo un catálogo de acciones centrado, principalmente, en el cumplimiento de obligaciones durante el íter contractual, el término del contrato, y la conculcación de derechos fundamentales propiamente laborales, como la libertad sindical.

La ausencia de acciones protectoras de derechos fundamentales inespecíficos en el C*ódigo del Trabajo*, se hizo aún más evidente, al aprobarse la Ley n.° 19759, de 5 de octubre de 2001, que le introdujo diversas modificaciones, entre ellas, se perfeccionó la norma sobre no discriminación contenida en su artículo 2.°, y se agregó un nuevo inciso primero al artículo 5.°, que señala:

> "El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos".

Desde entonces, los trabajadores contaron con normas constitucionales y laborales que declaraban la plena vigencia de los derechos fundamentales inespecífi-

[11] Gamonal (2009), p. 3.
[12] Prado (2009), p. 8.

cos al interior de la relación laboral, pero, seguían careciendo de acciones apropiadas para dotarlos de eficacia.

En este contexto se presenta el mensaje presidencial que daría lugar a la Ley n.º 20087, en cuya fundamentación el Ejecutivo se hacía cargo de las falencias e insuficiencias del procedimiento laboral de la época y efectuaba un lapidario diagnóstico de la justicia laboral[13]; pesimismo que se hace aún más patente en lo atinente a la modificación que daría lugar al actual artículo 485 del *Código del Trabajo*, a propósito de la cual se afirma:

> "Uno de los pilares centrales del proyecto apunta a potenciar la vigencia plena, en el ámbito jurídico-laboral, de los derechos que el trabajador detenta no sólo en cuanto trabajador sino que también en su condición de persona (derecho a la intimidad y vida privada, el honor y la propia imagen, el pensamiento político o religioso, la libertad de expresión, el derecho a no ser discriminado, etc.). Se trata, en definitiva, del posicionamiento de los derechos fundamentales como ejes vertebradores de unas relaciones laborales plenamente democráticas. Dicha vigencia requiere, como condición necesaria, no sólo de un reconocimiento material, sino que también y ante todo de mecanismos de tutela jurisdiccional eficaces e idóneos"[14].

Finalmente, se aprueba la Ley n.º 20087, de 3 de enero de 2006, que sustituye el procedimiento laboral previsto en el libro V del *Código del Trabajo*, dentro del cual se contempla un párrafo 6.°, denominado "Del procedimiento de tutela laboral", del cual se ha dicho:

> "Viene a ser la traducción procesal de la idea de la eficacia horizontal de este tipo de derechos en las relaciones jurídicas entre privados y en este particular caso al interior del contrato de trabajo"[15],

consagrando una acción que puede ser impetrada directamente por el trabajador afectado o, en determinados supuestos, por organismos como el sindicato

[13] El mensaje presidencial señalaba: "En la actualidad existe consenso a nivel de los ciudadanos y de los operadores del derecho laboral, de las falencias de nuestra justicia del trabajo. En efecto, la percepción de la comunidad jurídica laboral es que el acceso a la justicia laboral y previsional y su funcionamiento, plantean serios problemas de equidad y de efectiva vigencia del derecho, en razón de las insuficiencias que presenta, afectando principalmente a quienes recurren ante el órgano jurisdiccional, normalmente trabajadores que han perdido su empleo y que carecen de los medios necesarios para el sustento familiar". Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, disponible en www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5683/ [fecha de consulta: 3 de abril de 2022].

[14] *Ibid*.

[15] Ugarte (2009b), p. 23.

y la Dirección del Trabajo, que será conocida por un juez especializado, en un procedimiento acorde con la naturaleza de la acción, esto es, con mayores facultades oficiosas, plazos más breves, aplicación de la regla de indicios y con mejores y más amplias alternativas de reparación del daño causado.

La importancia de esta nueva acción no puede ser obviada, pues con ella se dota de eficacia a todo un conjunto de normas internas e internacionales[16], destinadas a brindar al trabajador una protección que se extiende más allá de los límites de la prestación de servicios, reconociendo que el trabajador es, siempre y ante todo, persona, fijando el respeto a su dignidad como estándar mínimo de todo contrato de trabajo, mediante la incorporación de cuestiones tales como: la no discriminación, protección a la libertad sexual, honra del trabajador y su familia, garantía de indemnidad, entre otros, cuyas vulneraciones hoy encuentran una adecuada respuesta del sistema procesal laboral.

IV. El procedimiento de tutela laboral

La base del procedimiento, la encontramos en el artículo 485 del *Código del Trabajo*, que señala:

> "El procedimiento contenido en este Párrafo se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números 1°, inciso primero, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4°, 5°, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6°, inciso primero, 12°, inciso primero, y 16°, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador.
>
> También se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2° de este Código, con excepción de los contemplados en su inciso sexto.
>
> Se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin

[16] Entre otras, los convenios 100 y 111 de la OIT, y las Leyes n.° 19591, de 1998; 19759, de 2001, 20005, de 2005; 20248 y 20348, ambas de 2009.

> justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales.
>
> Interpuesta la acción de protección a que se refiere el artículo 20 de la Constitución Política, en los casos que proceda, no se podrá efectuar una denuncia de conformidad a las normas de este Párrafo, que se refiera a los mismos hechos".

Este primer artículo define el ámbito de aplicación del procedimiento, y en los siguientes se regula quien puede interponer la acción dependiendo de si la vulneración se produce durante la relación laboral o con ocasión del despido y en qué plazo es posible hacerlo, así como cuestiones relativas a las facultades cautelares del juez, la regla de indicios y el contenido de la sentencia, entre otros.

Si bien la norma es bastante clara al enumerar a los posibles legitimados activos del procedimiento, no parece tan precisa respecto de los legitimados pasivos, cuestión que solo aborda el citado artículo 485, al establecer que este se aplicará cuando los derechos que ampara "resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador", lo que parecería conducir a que solo aquel puede vulnerar los derechos fundamentales del trabajador y, por consiguiente, ser emplazado mediante una denuncia de tutela laboral; sin embargo, poco después de promulgarse la Ley n.º 20287 –aunque antes de su entrada en vigencia–, se dictó la Ley n.º 20123, de 16 de octubre de 2006, que regula el trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios, consagrando legalmente las relaciones triangulares de trabajo, en que el beneficiario del esfuerzo del trabajador no necesariamente es quien lo ha contratado, incorporando a la relación a un tercero que, pese a tal calidad, tiene responsabilidad en el cumplimiento de la normativa laboral y previsional respecto del dependiente, por lo que puede ser parte de un juicio laboral, lo que conduce a preguntarse si ello alcanza también a la acción de tutela laboral, aspecto que no es abordado en forma expresa por la ley, sin que tampoco haya estado presente en su tramitación, sea en el mensaje presidencial o en la discusión particular del referido artículo 485[17].

[17] *Historia de la Ley* n.º 20087 y del artículo 485 en particular, disponible en Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5683/ [fecha de consulta: 3 de abril de 2022].

V. Consagración de los regímenes de subcontratación y de suministro de trabajadores

La Ley n.º 20123, pretendió regular en detalle el fenómeno de la externalización empresarial (*outsourcing*), que, si bien se encontraba ampliamente extendido en el mundo del trabajo, no había sido objeto de atención apropiada por parte del legislador, que solo le había dedicado dos artículos, 64 y 64 bis[18], cuyo texto y ubicación dentro del *Código del Trabajo* generaba una serie de dudas respecto al contenido y alcance de la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena[19], la que parecía referida principalmente a una garantía de cumplimiento del pago de remuneraciones y otras prestaciones de origen laboral.

Mediante esta ley se incorporó un nuevo título VII al *Código del Trabajo*, desarrollado entre los artículos 183-A y 183-AE y divididos en dos párrafos, uno relativo al trabajo en régimen de subcontratación y otro al suministro de trabajadores, en los cuales se definen y establecen los derechos y obligaciones aplicables a cada uno. El primero se caracteriza porque el trabajador se desempeña en forma habitual en servicios, faenas u obras de propiedad un tercero distinto de su empleador, quien sigue manteniendo el poder de mando; en tanto que en el segundo, el trabajador es puesto a disposición de un tercero en forma transitoria, siendo quien ejerce la potestad de mando. Así, una de las diferencias relevantes en estas modalidades de triangulación laboral es quien ejerce el poder de mando, y esa distinta forma en que las empresas principal y usuaria se relacionan con el trabajador, justifica que la ley les imponga obligaciones también desiguales, tanto durante la prestación del servicio como a su término.

Es así que aceptar la legitimación pasiva de la usuaria en el procedimiento de tutela laboral, importa una dificultad mucho menor que hacerlo respecto de la principal[20], dado que es a quien se le otorga el papel de empleador y la potestad de mando, lo que motivó la inclusión de un artículo

[18] Desde el *Código del Trabajo* de 1931 se ha regulado la situación del dueño de la obra, incorporando un artículo 16 referido a la materia; el año 1968 se dicta la Ley n.º 16757, que prohíbe la subcontratación con ciertas excepciones; sin perjuicio que el luego, el año 1970, se dicta la Ley n.º 17322, cuyo artículo 20 reconoce la realidad de la subcontratación en el rubro de la construcción; el *Código del Trabajo* de 1987, la trataba en su artículo 63, modificado por la Ley n.º 19250, de 30 de septiembre de 2003 y, finalmente, la Ley n.º 19666, de 10 de marzo de 2000, modifica el artículo 64 y adiciona el artículo 64 bis, que se mantuvieron vigentes hasta la publicación de la Ley n.º 20123. Todo disponible en Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: www.leychile.cl/Consulta [fecha de consulta: 3 de abril de 2022].

[19] Prado (2009), pp. 11-13.

[20] En tal sentido: Caamaño (2007), pp. 181-182 y Díaz (2010), p. 359 y ss.

183-Y que, replicando la regla general del artículo 5.° del *Código* del ramo, declara que el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce a la usuaria tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de estos, lo que lleva a concluir que la empresa usuaria puede ser sujeto activo de una vulneración de derechos fundamentales y, en consecuencia, la acción de tutela laboral puede dirigirse en su contra[21].

VI. La empresa principal ante el procedimiento de tutela laboral

1. Estado de la cuestión y debate doctrinario

A diferencia del caso del suministro, la adecuación de esta modalidad de relación triangular de trabajo con la acción de tutela, supone una mayor complejidad, dado que el procedimiento resulta aplicable cuando la vulneración sea consecuencia del "ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador" y, a diferencia de la usuaria, a la empresa principal no le han sido otorgadas tales facultades, por el contrario, su ejercicio le puede significar ser considerado empleador directo, conforme a lo previsto en el inciso segundo del artículo 183-A del *Código del Trabajo*.

Hemos dicho que en el régimen de subcontratación el empleador conserva la potestad mando y se vincula jerárquicamente con el trabajador; mientras que la principal aparece como un tercero, que, si bien es beneficiario de sus servicios y posee obligaciones directas en materia de seguridad e indirectas en lo relativo al cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales de las que es deudor el contratista respecto de sus trabajadores, no cuenta con atribuciones para impartir ordenes e instrucciones, ni mucho menos en lo que atañe a la contratación, aplicación de sanciones o terminación de contrato.

[21] Díaz (2010), p. 373, arriba a la misma conclusión, destacando que lo importante no es la calidad de empleador, sino el encontrarse jurídicamente habilitado para ejercer las facultades de tal, porque la lesión no proviene del hecho de ser el empleador sino del ejercicio de dichas facultades y, asimismo, Palavecino (2014), pp. 34-35, porque, si bien la empresa cedente (empresa de servicios transitorios) conserva la condición formal de empleadora del trabajador transitorio, la empresa usuaria tendrá la facultad de organizar y dirigir el trabajo dentro del ámbito de las funciones para las cuales el trabajador fue puesto a su disposición, y porque, en definitiva, el artículo 183-Y inciso 2.° del *Código del Trabajo* califica el vínculo entre la usuaria y el trabajador cedido como una "relación laboral".

Esta delimitación del régimen de subcontratación ha llevado a ciertos sectores de la doctrina a considerar que su presencia no altera la configuración típica de la relación laboral y las responsabilidades que de ellas derivan, en lo que respecta a la vulneración de derechos, por lo que:

> "En principio, cabría sostener que no corresponde que se ejerza la acción de tutela en contra de la empresa principal, atendida su desconexión legal con las facultades propias del empleador[22]",

afirmando:

> "En lo que respecta al desarrollo y ordenación de las relaciones laborales, cabe precisar que no se presenta en esta clase de subcontratación una alteración del arquetipo del contrato individual de trabajo regulado a partir del artículo 7 y siguientes del Código del Trabajo, ya que la relación jurídica se concreta entre el empleador, empresa contratista, y cada trabajador, o entre el empleador, empresa subcontratista, con cada uno de sus trabajadores, no teniendo la empresa mandante o dueña de la obra o faena parte alguna en ellas, pues ésta sólo se vincula contractualmente en base a la normativa civil o comercial con la empresa contratista, lo que ocurre de la misma forma entre la empresa contratista y la subcontratista. Por lo tanto, la forma tradicional de entender las relaciones jurídicas entre el trabajador y el empleador no se ve alterada de manera alguna, pues está claro el contenido de la prestación que debe el trabajador al empleador, como a su vez, las obligaciones que asume el empleador como contraparte de la relación laboral y titular de los poderes de dirección y de control"[23].

Hay quienes se preguntan si la protección a los derechos fundamentales justifica el hacer responsable de esta a un tercero que no pudo participar en los hechos, concluyendo que resulta improcedente que:

> "La empresa principal deba de responder, ni siquiera subsidiariamente, en caso de una condena por vulneración de derechos fundamentales de un trabajador de la empresa contratista. Solamente debería de responder el agente que realizó la acción vulneratoria"[24];

y quienes desestiman la posibilidad de imputar tal responsabilidad a la mandante sea que ella haya tomado parte o no en la conculcación de derechos, estimando que si es el contratista quien viola algún derecho fundamental de

[22] Ugarte (2009a), p. 32.
[23] Caamaño (2007), pp. 166-167.
[24] Sanhueza (2012), p. 94.

su trabajador la responsabilidad a que dé lugar no irradia a la empresa principal, al menos, no en virtud de lo dispuesto en el artículo 183-B del *Código del Trabajo*, pues, aunque la vulneración de derechos fundamentales con ocasión del despido genere derecho a una "indemnización legal" especial, la alusión a las obligaciones laborales y previsionales de dar, pretendió excluir tanto las obligaciones de hacer como las de dar derivadas del cumplimiento por equivalencia de las obligaciones de hacer, y si el infractor fuese la empresa principal, tampoco sería posible que sea legitimada pasiva de la acción de tutela, puesto que para que haya subcontratación el trabajador debe estar subordinado exclusivamente al contratista y no a la empresa principal, vale decir, si hay subcontratación no hay relación laboral entre el trabajador y la empresa principal[25].

En definitiva, los argumentos que fundamentan conclusiones como las citadas se nutren principalmente del texto legal, tanto de la mencionada expresión utilizada por el artículo 485 del *Código del Trabajo* al consagrar el procedimiento de tutela laboral como de las responsabilidades y límites a las mismas que la normativa sobre subcontratación establece respecto de la empresa principal o mandante. Dentro de esta preceptiva se incluye el artículo 183-B, que circunscribe su responsabilidad solidaria a:

> "Las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral. Tal responsabilidad estará limitada al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal",

lo que, en principio, parece apuntar a que no hay responsabilidad de la mandante derivada de obligaciones de hacer; del mismo modo, se plantea que en la materia sería imposible hacer uso de los derechos de información y retención previstos en el artículo 183-C, para beneficiarse de la limitación a la responsabilidad que sobre esa base contempla el artículo 183-D. Además, se ha indicado que al tratarse de normas de carácter sancionatorio, estas deben ser interpretadas en forma restrictiva.

Existen, también, algunas voces que defienden la tesis contraria, invocando entre otros argumentos el que:

> "Si la responsabilidad solidaria y subsidiaria de la empresa principal opera respecto de las indemnizaciones laborales y previsionales comunes, ya sea que se recurra a la presunción de un patrimonio más ostentoso con el

[25] Palavecino (2014), p. 35.

> cual garantizar dicha deuda en favor del trabajador o a la luz del principio de ajenidad, impedir que ello sea procedente en el caso de la indemnización especial de la tutela laboral no solo va en contra de aquel aforismo que prohíbe distinguir cuando no lo ha hecho el legislador, sino que tampoco respetaría las instituciones de la ciudadanía en la empresa y la tutela laboral, lo que haría eventualmente ineficaces dichas garantías en el contexto de una subcontratación"[26].

2. Jurisprudencia relevante

En cuanto a los pronunciamientos judiciales, llama la atención que no exista un número muy elevado de fallos que analice el tema, lo que ha impedido que se consolide una interpretación mayoritaria, como sí ha ocurrido respecto de muchos otros debates en el ámbito del derecho del trabajo. Es posible que lo anterior obedezca a que una lectura literal del artículo 485 del *Código del Trabajo* lleve a los demandantes a no emplazar a la mandante con frecuencia en este tipo de juicios, y a que, de hacerlo, muchos terminen a través de equivalentes jurisdiccionales, conducta que podría explicarse en el riesgo que percibe el actor de que la responsabilidad de la demandada solidaria no sea admitida, a que de mantenerse vigente el contrato civil entre ambas empresas la contratista no quiera ocasionar problemas a la principal que puedan acarrear su conclusión, o a que de haber terminado sea esta quien prefiera arribar a un acuerdo, a lo menos parcial, a fin de evitar verse expuesta a responder de prestaciones cuyo principal obligado podría no ser habido o carecer de un patrimonio con el cual solventar una eventual condena.

Luego, respecto de las causas que concluyen en sentencia y que se pronuncian sobre el punto, lo que supone que previamente se hayan dado por concurrentes los presupuestos de la vulneración de derechos denunciada, existen dictámenes en ambos sentidos, aunque pareciera que en los últimos años los tribunales y Cortes de Apelaciones han sido más receptivos a efectuar una interpretación amplia del artículo 183-B del *Código del Trabajo*, que permitiría extender a la mandante los efectos pecuniarios de la sentencia, resultando indiferente para ello si la vulneración fue cometida por ella o por el empleador.

Entre los fallos que excluyen a la empresa principal de las prestaciones originadas en la vulneración de derechos fundamentales del trabajador, hay algunos que lo hacen por entender que el artículo 183-B del *Código del Trabajo* limita su responsabilidad a las obligaciones laborales y previsionales de dar, lo que excluiría a la carga de no vulnerar derechos fundamentales, por

[26] Saltos (2021), p. 37.

tratarse de una obligación de hacer, y a las eventuales consecuencias de su infracción. En esa línea encontramos, por ejemplo, los dictados en las causas Rit T-5-2009, caratulada Román con Empresas de Seguridad y Servicios HBJ E.I.R.L., seguida ante el Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, decisión que quedó firme luego de que el recurso de nulidad respectivo fuera rechazado por la Corte de Apelaciones de esa ciudad, en causa rol 168-2009, que no analizó la materia que nos interesa; Rit T-95-2010, Bravo con Outsourcing Desarrollo de Sistemas S.A., 2.° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en que el recurso de nulidad deducido fue finalmente desistido, según consta en causa rol 885-2010 de la Corte de Apelaciones de Santiago y, más recientemente, en la causa Rit T-350-2019, Romero con Agetrans El Loa, Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta, que no fue impugnada por las partes, y en el rol 135-2015 de la Corte de Apelaciones de Concepción, en que tras invalidar el fallo de la instancia, dictado en causa Rit T-14-2014 por el Juzgado de Letras del Trabajo de Los Ángeles, da por acreditada la vulneración de derechos fundamentales y la existencia del régimen de subcontratación, pero excluye a la mandante de las prestaciones derivadas de la acción de tutela, atendido que respecto de las obligaciones de dar con carácter laboral y previsional, la opinión prácticamente unánime de la doctrina y jurisprudencia es que dichas obligaciones se refieren remuneraciones, asignaciones en dinero, cotizaciones previsionales e indemnizaciones legales por término del contrato de trabajo, concluyendo:

> "Del tenor literal del artículo 183-B del Código del Trabajo, podemos desprender que la empresa principal no tiene responsabilidad alguna por la vulneración a los derechos fundamentales de la empresa contratista, al no contemplar este artículo las hipótesis de responsabilidad que establece el procedimiento de tutela de derechos fundamentales".

También se ha planteado la improcedencia de condenar a la empresa principal, dado el carácter personalísimo de la responsabilidad en materia sancionatoria y la imposibilidad de extenderla a un tercero que no cuenta con las facultades propias del empleador ni ha participado del hecho, conforme al tenor literal del artículo 485 del *Código del Trabajo*. Así, por ejemplo, en causa Rit T-12-2009, Bustamante con Best Select Chile S.A., del Juzgado de Letras del Trabajo de San Felipe, razonamientos que no fueron modificados puesto que el recurso de nulidad fue declarado abandonado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en los antecedentes rol 469-2009; una similar argumentación la encontramos en la causa Rit T-13-2009, Peña con Constructora e Inmobiliaria Casa Grande, del Juzgado de Letras del Trabajo de Calama, cuyo recurso de nulidad fue desestimado sin pronunciarse sobre el particular; y otro tanto ocurre con la sentencia dictada en el Rit T-83-2010,

Munizaga con Factor Seguridad Limitada, del Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, en este caso se interpusieron recursos de nulidad y de unificación de jurisprudencia, fallados por la Corte de Apelaciones de Valparaíso y la Corte Suprema, en causas rol 338-2011 y 9.669-2011, respectivamente, pero referidos a otros aspectos de la decisión.

Un interesante punto medio, entre aquellas que desestiman y las que acogen la responsabilidad de la mandante, corresponde a la sentencia dictada en la causa Rit T-4-2019, del 1er Juzgado de Letras de Los Andes, que, si bien desestimó la existencia de la vulneración de derechos fundamentales denunciada, por lo que no se pronunció acerca de quiénes deben responder de las indemnizaciones que de ello pudieren derivar, rechazó previamente una excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la demandada solidaria, por considerar que era necesario entrar al conocimiento del fondo del asunto controvertido a fin de determinar si la denunciada y demandada solidaria y subsidiaria tiene o no alguna responsabilidad en los hechos denunciados, de lo que se desprende que una eventual condena o absolución de esa parte pasaba por establecer si había participado directamente o no en la comisión del ilícito laboral que supone la infracción de tales derechos. Esta decisión también se mantuvo incólume, luego que la Corte de Apelaciones de Valparaíso no hiciera lugar al recurso de nulidad conocido bajo el rol 170-2020.

Por último, tenemos aquellos dictámenes que sobre la base de una interpretación amplia del citado artículo 183-B, acogen la responsabilidad de la empresa principal, entre ellos, los siguientes:

Rit T-380-2010, Lara con Agrícola Concha y Toro, del 2.° Juzgado del Trabajo de Santiago, que declara: "todos los conceptos pecuniarios demandados son obligaciones de carácter legal y laboral", desestimando que la indemnización por despido vulneratorio sea una sanción, por lo que extiende la responsabilidad originada en el régimen de subcontratación a ese concepto, condenado al mandante al pago subsidiario de las prestaciones otorgadas, por haber acreditado el correcto ejercicio de los derechos de información y retención; el recurso de nulidad planteado fue desestimado por la Corte de Apelaciones de Santiago, en el rol 455-11, por concordar en que el artículo 183-B es:

> "Una norma legal de amplio alcance, y los términos generales en que se encuentra redactada permiten perfectamente aplicarla a un caso como el de la especie".

Rit T-404-2012, Ramírez con Ingeniería", del 1er Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en que acreditada la vulneración de derechos fundamentales por parte del empleador, simplemente se limita a indicar que las

demandadas solidarias no justificaron que su responsabilidad se encuentre limitada a lo establecido en los artículos 183-B y 183-D del *Código del Trabajo*, dando por supuesto que aquella incluye a la indemnización especial por tutela; sentencia que también quedó firme, al haberse rechazado el recurso de nulidad promovido por la demandada principal, en causa rol 93-2013, de la Corte de Apelaciones de Santiago.

Rit T-11-2016, Urra con Productos del Mar, del Juzgado de Letras del Trabajo de Puerto Montt, en que se sostuvo:

> "Ha sido el propio legislador el que ha hecho extensiva tal responsabilidad que deriva de la vulneración de derechos fundamentales a la empresa principal, al señalar en el artículo 183-B del Código del Trabajo que la empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral. Así entonces, siendo la indemnización adicional del artículo 489 del código del trabajo, una indemnización legal que se traduce en una obligación de dar y que el legislador estipuló en el caso de término de la relación laboral, debe responder necesariamente, la empresa principal, de dicha indemnización",

y en cuanto a si esa responsabilidad era solidaria o subsidiaria, se declaró que era del último tipo por haber probado el cumplimiento de los derechos de información y retención; el recurso de nulidad respectivo, fue rechazado por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, en causa rol 90-2016, tras concluir que la interpretación efectuada no infringió los artículos 3, 485 y 487 del *Código* del ramo, pues:

> "El Fisco de Chile no fue condenado como agente vulnerador de derechos fundamentales, como sí lo fue el demandado principal, sino que, solamente fue obligado a soportar los efectos derivados de la condena a este último",

por lo que, como el fallo del grado no condenó al Ministerio de Obras Públicas-Fisco de Chile por tutela de derechos sino a pagar prestaciones de carácter patrimonial, y siendo la indemnización adicional del artículo 489 del *Código del Trabajo*, una "indemnización legal" que se traduce en una "obligación de dar" que el legislador estipuló en el caso de término de la relación laboral, la empresa principal debe responder de dicha indemnización.

Rit T-235-2019, Guevara con Empresa Red Security Spa, del Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique, tras estimar acreditada la vulneración de derechos y los presupuestos del régimen de subcontratación, sin que se probaran los elementos que permiten morigerar la responsabilidad que de ello deriva,

se condenó solidariamente a ambas empresas; la Corte de Apelaciones de Iquique, conociendo del recurso de nulidad interpuesto bajo el rol 138.2020, decidió que no existía infracción legal, dado que el artículo 183-B del C*ódigo del Trabajo*:

> "Establece una garantía personal de la empresa principal respecto de las obligaciones laborales contraídas por la empresa contratista con sus trabajadores, exigiendo que dicha obligación sea una de dar, como es la de pagar una suma de dinero, y que tenga como fuente la infracción de los derechos laborales de los trabajadores del contratista";

añadiendo:

> "Resulta evidente que la obligación impuesta en la sentencia impone el pago de una suma de dinero, fundado en la infracción de la empresa contratista a la garantía de la indemnidad del trabajador, por lo que tiene como fuente la transgresión a las normas laborales, en la especie el artículo 485 y 489 del Código del Trabajo, razón por la que detenta la naturaleza laboral antes anotada, respecto de los trabajadores de la empresa contratista, y que por tratarse de una obligación de dar, se encuentra resguardada en su cumplimiento por la garantía personal de la empresa mandante como codeudora solidaria de dicha deuda".

Rit T-557-2020, Flores con Empresa Servicios Manvier Ltda., del Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, en que la vulneración denunciada correspondió a un despido antisindical respecto del cual la demandada solidaria opuso excepción de falta de legitimación pasiva, la que fue rechazada, sobre la base de razonar:

> "Si bien, la mandante no puede ser responsable de la obligación de reintegro, ya que ésta no corresponde a una obligación de dar, nada impide hacerla responsable junto con la empleadora de la obligación de pagar a los actores las remuneraciones equivalentes al periodo de separación u otras prestaciones que deriven del acogimiento de esta acción, sea por imposibilidad o negativa de reintegro por la contratista, sea por indemnizaciones derivadas del término del contrato, llegado el caso",

declarado lo anterior se le condenó en forma subsidiaria, por haber ejercido el derecho de información y retención; el recurso de nulidad deducido fue desestimado por la Corte de Apelaciones de Concepción, en causa rol 541-2021, por razones formales, atendida su defectuosa formalización.

Finalmente, como anticipáramos, la Corte Suprema no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta materia de derecho, dado que los dos recursos de unificación de jurisprudencia en que se pedía un dictamen concerniente a

este asunto fueron rechazados por no satisfacer los presupuestos exigidos por el artículo 483-A del *Código del Trabajo*, dado que la decisión previa que se ofrecía para efectos del cotejo no contenía una interpretación que sirviera para su comparación, puesto que el recurso de nulidad que la motivó (en ambos casos se ofreció el mismo fallo) fue rechazado por defectos de carácter formal. Así ocurrió en la causa rol 9.4372-2019, declarada inadmisible por tal razón, y con el ingreso rol 95.963-2020, que fue resuelto del mismo modo luego de su vista.

Sin embargo, como revisaremos luego, existen otras sentencias del máximo tribunal, dictadas en materias relacionadas, que permiten hipotetizar que de darse las condiciones que permitieran emitir una decisión sobre el fondo del asunto, este se inclinaría por la procedencia de la responsabilidad de la mandante respecto de las prestaciones derivadas de la vulneración de derechos que afecten a trabajadores de sus contratistas.

3. *Dificultades de las tesis que rechazan la responsabilidad del mandante*

Supuesto que la relación de trabajo es de naturaleza conflictual[27], parece sencillo imaginar que en la medida que agreguemos más partes a la relación, dicho potencial de conflicto solo podrá incrementarse. Es así que las relaciones triangulares aumentan el riesgo de potenciales vulneraciones a derechos del trabajador, puesto que en esta modalidad podrán provenir tanto de acciones del empleador o contratista, figura para la cual se encuentra típicamente previsto el procedimiento consagrado en el artículo 485 y siguientes del *Código del Trabajo*, como del mandante o principal, quien pese a carecer de las facultades a las que alude la citada norma, se relaciona en forma diaria con el trabajador subcontratado, sea a propósito del cumplimiento de las obligaciones que la legislación le impone en materia de higiene y seguridad o simplemente porque se encuentra física o materialmente inserto en sus instalaciones y en su actividad.

La postura que estima que el procedimiento de tutela laboral no alcanza al mandante no se hace cargo de esa realidad, ignorando que si quien vulnera los derechos fundamentales del trabajador es la contratista, ello puede tener su origen en las condiciones o exigencias impuestas por la principal para el cumplimiento del contrato civil que une a ambas empresas, además de permitir que al seleccionar a sus contratistas estas no se interesen por su comportamiento o historial previo en la materia, y que tampoco sea un ítem sobre el

[27] Barbagelata (2009), p. 21.

cual ejerzan control o fiscalización permanente como si deben hacerlo respecto de obligaciones menos relevantes desde el punto de vista de la dignidad del trabajador, como es el pago oportuno de determinadas prestaciones; y si el infractor es el mandante, esa solución tampoco es adecuada, pues pese a que parte de la doctrina[28], y también parece desprenderse así de cierta jurisprudencia, afirman que en tal evento existiría un ejercicio ilegal de las facultades del empleador que permitiría su condena en tal calidad, lo cierto es que no es del todo claro si se trataría de una figura de coempleo, incluidos mandante y contratista, o si este último sería reemplazado por el primero y se vería, por consiguiente, liberado de sus obligaciones. En cualquier caso se trata de una alternativa que lejos de facilitar la satisfacción de la pretensión del demandante, y por esa vía aportar a la eficacia de sus derechos laborales, dificulta su actividad procesal al enfrentarlo a escenarios inciertos, dado que no existe mucha jurisprudencia que declare que el mandante debe ser considerado empleador en los términos previstos en el inciso segundo del artículo 183-A del C*ódigo del Trabajo*, por lo que no hay un estándar claro a superar, y porque optar entre una demanda con un deudor principal y uno solidario o subsidiario, por lo tanto con dos patrimonios sobre los cuales perseguir el cumplimiento de la obligación, o una con uno solo, sin que en todos los casos necesariamente sea tan claro quién cometió la vulneración.

VII. Procedencia de la acción de tutela laboral en contra de la empresa principal

Como veremos existen diversas alternativas que conducen a interpretar de manera amplia tanto el concepto de empleador sobre el cual se asienta el artículo 485 del C*ódigo del Trabajo* como el artículo 183-B del mismo cuerpo legal, que regula las obligaciones de las cuales debe responder el mandante en forma solidaria o subsidiaria.

Una primera vía es seguir la ruta de la interpretación constitucional, ya que, si bien los mencionados artículos 485 y siguientes tienen carácter procesal, se trata de una regulación destinada a garantizar derechos fundamentales, lo que permite sostener que para cumplir tal finalidad deben ser interpretados de acuerdo con aquellas reglas cuyo objeto es dotar de eficacia y operatividad jurídica a la Constitución, posibilitando la expansión y optimización de su contenido[29].

[28] Ugarte (2009a), p. 32.
[29] Nogueira (2006), p. 61.

Si la dignidad humana es el origen de los derechos fundamentales que sirven de límite a las facultades empresariales, entonces parece procedente incorporar a la búsqueda del real sentido y alcance de las normas mencionadas principios tales como el *pro homine*, que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual debe preferirse aquella interpretación más extensiva, que mejor proteja, asegure y garantice los derechos humanos; el principio de posición preferente de los derechos fundamentales, que implica que en el razonamiento del encargado de aplicar el derecho:

> "Deben tener un lugar predominante las razones fundadas en derechos fundamentales, desplazando de ser necesario, en casos de conflicto o tensión, a las razones normativas no iusfundamentales o de naturaleza infraconstitucional"[30];

el principio de progresividad de los derechos fundamentales, ampliamente reconocido por el derecho internacional, como ocurre en el artículo 52 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, el artículo 4 del Protocolo Adicional de la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en el derecho interno, en el artículo 5.° de la Constitución Política, en relación con la ya citada obligación del Estado de proteger y promover los derechos fundamentales; y el principio de interpretación teleológica o finalista, conforme al cual, las normas del procedimiento de tutela laboral deben ser aplicadas del modo que maximice su propósito de otorgar una más amplia y completa protección a los derechos fundamentales del trabajador, respecto de todas las empresas con que se relaciona en tanto trabajador, sea aquella que detenta formalmente el papel de empleador, como aquella que siendo un mero beneficiario de sus servicios, igualmente tiene algunas obligaciones en relación con su protección. Las reglas precedentes, además, pueden ser reforzadas acudiendo a un principio propio de la especialidad, que alude a la función esencial del ordenamiento jurídico laboral, como es el protector o de protección[31], que tiene como una de sus manifestaciones al *in dubio pro operari*o, dirigido precisamente al juez social y al funcionario de la administración laboral[32].

Siguiendo ese derrotero, podemos considerar que el artículo 485 del *Código del Trabajo* no se refiere únicamente a quien reúne todas las facultades del empleador, sino, también, a aquellas figuras relacionadas que asumen algunas, como lo hace el mandante en todo lo vinculado con higiene y seguridad. Para ello es pertinente hacer presente que, aunque la empresa princi-

[30] Ugarte (2009a), p. 58.
[31] Palomeque (2003), p. 17 y Pla (1978), p. 23 y ss.
[32] Desdentado (2003), pp. 79-81.

pal no es la empleadora del trabajador, tampoco es propiamente un tercero ajeno, ya que es quien se beneficia de los servicios del trabajador, que se prestan en instalaciones o dependencias de su propiedad, se encuentra obligada a adoptar medidas para proteger su vida y seguridad, y a fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales por parte del contratista, o a concurrir directamente a su pago, por lo que puede ser calificada de empleador indirecto. Conclusión que no contraviene el efecto relativo de los contratos, pues la doctrina civil, ha reconocido en los contratos relacionados o conjuntos contractuales, como serían los contratos de prestación de servicios y de trabajo, una excepción a este efecto, en cuyo mérito solo se consideraría como terceros a aquellos ajenos al grupo de contratos, y no a cada uno individualmente considerado[33].

Así, una interpretación como la propuesta del artículo 485 del *Código del Trabajo*, permite afirmar que el mandante también se encuentra obligado a no vulnerar los derechos fundamentales del trabajador subcontratado y que su derecho-deber de fiscalización incluye el exigir al contratista que tampoco incurra en tales conductas y que implemente medidas con tal fin, aspecto que en el marco de la autonomía de la voluntad que rige la contratación civil, podría ser incorporado mediante la imposición de multas u otras sanciones para el contratista, o ser elevado a un incumplimiento que faculte su término anticipado, además de imponer a la empresa contratante la carga de examinar dentro de los antecedentes de los candidatos a contratistas su conducta previa en la materia y de privilegiar a aquellas que demuestren altos estándares de cumplimiento.

Una segunda alternativa, es entender que la legitimación pasiva de la principal o mandante en este tipo de procedimientos no deriva de su calidad de tercero relacionado o empleador indirecto, sino que corresponde sencillamente a una garantía de pago, hipótesis que parece ser la más empleada por la jurisprudencia.

Para sostener lo anterior debemos tomar como punto de partida que la subcontratación es una figura que no favorece al trabajador, quien ve alejada y difuminada la figura de quién ejerce la potestad de mando, quedando obligado a prestar servicios en un lugar y para una empresa distinta de aquella a la que postuló y que lo contrató, mientras que las ventajas para la empresa principal son claras, ahorro de recursos en todo sentido, al poder desligarse de las responsabilidades derivadas de actividades anexas a su giro, sin tener que preocuparse por la contratación, capacitación y control de un número importante de trabajadores, evitándose las decisiones y consecuencias de los despi-

[33] Prado (2009), pp. 16-18.

dos, entre otras. Esta diferencia exige que al trabajador se le compense con algún beneficio derivado del régimen de subcontratación, cuestión que el artículo 183-B del C*ódigo del Trabajo* resuelve al considerar al mandante como un garante del cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales de dar, vale decir, el trabajador sujeto a los avatares de la subcontratación, al menos cuenta con un doble patrimonio en el que perseguir las prestaciones que se le pudieran adeudar al término del contrato, lo que es concordante con uno de los fines de la Ley n.° 20123, de 16 de octubre de 2006, que reemplazó los escuetos artículos 64 y 64 bis del C*ódigo del Trabajo*, por todo un título dedicado al trabajo en régimen de subcontratación y del trabajo en empresas de servicios transitorios, buscando, entre otros efectos, intensificar la responsabilidad de la empresa principal respecto de los trabajadores de sus contratistas[34].

Y si la legislación ha impuesto tal responsabilidad a la principal en materia de obligaciones pecuniarias, cómo podría entenderse que no se extienda a otras más sensibles como es la protección de los derechos fundamentales. En este punto cabe recordar aquella jurisprudencia que razona en término que no obstante que el respeto a tales derechos se traduzca en obligaciones de hacer, ello solo ocurre cuando se le cumpla en naturaleza, pero si ese deber es solucionado por equivalencia, mediante el pago de una indemnización, entonces adopta la forma de una obligación de dar, que puede ser satisfecha indistintamente por una o más personas; además de cumplirse también con el presupuesto de originarse en el incumplimiento de una obligación laboral, según se desprende del artículo 5.° del C*ódigo* del ramo.

Otro argumento para sostener una interpretación amplia de la norma que consagra la responsabilidad del mandante y restrictiva de aquellas que la limitan es que ese es el sendero que ha venido trazando el máximo tribunal, que, si bien no se ha pronunciado sobre esta hipótesis en particular, sí ha declarado de manera reiterada y consistente que las obligaciones del mandante se extienden a la sanción derivada de la nulidad del despido y a las indemnizaciones por lucro cesante en el caso que el contratista ponga término anticipado al contrato de trabajo. Así se ha decidido, en el primer caso, en las sentencias dictadas en las causas rol n.° 1.618-2014, 20.400-2015, 31.633-2018, 16.703-2019, 18.668-2019, 20.678-2020, 69.896-2020, 134.104-2020, entre muchas otras; y respecto del segundo, en las correspondientes a los ingresos rol n.° 13.849-2014, 34.362-2016, 33.167-2020, y 92.936-2020, entre otras.

En ambos casos la Corte Suprema ha incluido dentro de las obligaciones del contratista respecto de las cuales debe responder también la mandante

[34] Prado (2009), p. 43.

a prestaciones que aparentemente se devengan con posterioridad al periodo durante el cual el o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación, en estos casos, la palabra 'aparente' es clave, pues se ha considerado que ambas corresponder a obligaciones laborales, que pueden ser calificadas como de dar, y que su origen está en el nacimiento y desarrollo del contrato de trabajo, y no en su conclusión, que puede ser posterior al término del régimen de subcontratación.

El primero quizá es más sencillo, porque la empresa principal se encuentra expresamente facultada para requerir información sobre el cumplimiento de las obligaciones previsionales de los contratistas, de manera que parece de toda lógica que si producto de la omisión de esa labor fiscalizadora el empleador deja de satisfacer la carga que el artículo 58 del *Código del Trabajo*, en relación con los artículos 17 y 19 del decreto ley n.° 3500, le impone, los efectos de la transgresión, en términos de la sanción prevista en el artículo 162, incisos quinto y siguientes, del citado *Código* las alcancen a ambas. Dentro de los razonamientos que las sentencias antes citada han empleado para arribar a tal conclusión encontramos los siguientes:

> "La sanción prevista en el artículo 162 del Código del Trabajo es aplicable a la empresa principal, sin que sea óbice el límite previsto a favor de las empresas contratistas en el artículo 183-B del mismo código, pues como el hecho que genera la referida sanción se presenta u ocurre durante la vigencia del régimen de subcontratación, se debe concluir que la causa que provoca su aplicación, esto es, el no pago de las cotizaciones previsionales, se originó en el ámbito que debe controlar y en el que la ley le asignó responsabilidad, debido a la utilidad que obtiene del trabajo prestado por los dependientes de un tercero y por la necesidad de cautelar el fiel cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales";

agregando:

> "Tal conclusión se encuentra acorde con los objetivos de la ley que regula el trabajo en régimen de subcontratación, en la medida que establece un sistema de protección a los trabajadores que se desempeñan en dichas condiciones, ya que, como se indicó, instituyó respecto de la empresa principal una responsabilidad solidaria y subsidiaria en lo concerniente a las obligaciones laborales y previsionales que debe asumir el contratista en relación a su dependiente, para, en definitiva, estimular y velar por el cumplimiento efectivo y oportuno de dichas obligaciones, teniendo presente que la nueva normativa que regula el trabajo en régimen de subcontratación no excluye a la empresa principal de la aplicación de la ineficacia del despido que trata el artículo 162 del Código del Trabajo, y tampoco fue materia de discusión o indicación durante la tramitación de

> la Ley que la contiene, N° 20.123, como se puede apreciar del examen de la discusión parlamentaria llevada a cabo".

El segundo caso puede ser más complejo e interesante para efectos del presente estudio, pues se trata de una situación similar, en cuanto a que la infracción de una obligación de hacer –cumplir con las cláusulas del contrato de trabajo hasta la llegada efectiva de la fecha o época prevista para su vencimiento–, se resuelve en una de dar –el pago de una indemnización por lucro cesante–. En tales casos, el análisis efectuado por la Corte ha considerado:

> "Las remuneraciones que debe pagar el empleador a título de lucro cesante tienen una fuente contractual y, en consecuencia, debe calificarse como una obligación laboral de aquellas a que alude el inciso primero del artículo 183-B del Código del Trabajo",

agregando:

> "La indemnización por ese concepto (lucro cesante) no surge al momento de la terminación del contrato ni por esa causa, sino que es una obligación contraída al suscribirse el contrato y que quedó incorporada al patrimonio del causante al momento de su ingreso".

Ambos razonamientos nos parecen plenamente aplicables al caso en estudio, pues la obligación de respetar o de no vulnerar los derechos fundamentales emana en definitiva del artículo 5.° del *Código del Trabajo*, complementado por otras disposiciones del mismo cuerpo legal como son los artículos 2.° y 485, que, en virtud del principio de integración, se entienden parte de todo contrato de trabajo, lo que permite sostener, por una parte, que se trata de una obligación de fuente contractual y, por otra, que se trata de una carga que se mantiene vigente durante todo el desarrollo del íter contractual, desde su celebración y hasta su conclusión. En consecuencia, creemos que se trata de consideraciones que apoyan la tesis propuesta y que importan que llegado el caso en que la Corte Suprema se vea en la posibilidad de resolver, entrando al fondo, un recurso de unificación de jurisprudencia referido al problema que venimos planteando, nada obsta a que pueda seguirse esta misma esta línea argumental.

VIII. Naturaleza de la responsabilidad

Dicho lo anterior, solo queda por agregar algunas líneas respecto a la naturaleza de la responsabilidad de la mandante en esta materia, dada la alegación frecuente que sostiene que no es posible ejercer el derecho de información

o retención, al menos en la forma consignado en la preceptiva pertinente, en lo que atañe al cumplimiento de esta obligación laboral en particular.

Para ello es pertinente reiterar que, si bien la obligación de respetar los derechos fundamentales es una obligación de hacer, de naturaleza indivisible, pero su incumplimiento devendrá en una de dar, la reparación del daño causado mediante una suma de dinero, sea en conformidad al artículo 489 del *Código del Trabajo*, si se trata de una vulneración cometida con ocasión del despido, o a su artículo 495 n.° 2, que permite arribar a la misma solución a título de medida reparatoria, si la vulneración se produjo durante la vigencia de la relación laboral. En estos casos, cuando la sentencia dictada en el procedimiento de tutela laboral establezca la vulneración a derechos fundamentales y ordene el pago de una indemnización, la obligación de hacer se habrá transformado en una de dar y de origen laboral, ya que, como afirmáramos, en su origen está la infracción al artículo 5.° del *Código del Trabajo* y a aquellos derechos fundamentales que, de conformidad a la eficacia horizontal de la Constitución, se entienden también parte integrantes del contrato de trabajo.

Ahora bien, en tanto obligación de dar con sujeto pasivo múltiple, en principio, podría ser solucionada de manera simplemente conjunta por los obligados como es la regla general cuando existen varios de ellos (artículo 1511 del *Código Civil*), pero esa regla general tiene una excepción en la materia, dado que el artículo 183-B del *Código del Trabajo* establece una modalidad especial de cumplimiento de las obligaciones laborales adeudadas en régimen de subcontratación, disponiendo:

> "La empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas a favor de los trabajadores de estos [...]".

En efecto, el legislador ha constituido una garantía patrimonial al cumplimiento de las obligaciones para con los trabajadores contratados en régimen de subcontratación, y si entendemos que tal garantía incorpora también la correcta y oportuna satisfacción de este tipo de obligaciones, nos parece del todo adecuada la solución aplicada por la jurisprudencia que, luego de interpretar en forma amplia el citado artículo 183-B, acude, para efectos de precisar este punto, a los artículos 183-C y D y se está, simplemente, al cumplimiento de los derechos generales de información y retención, dado que no obstante no estar referidos al apego de la contratista a la normativa que protege la dignidad del trabajador, lo cierto es que son una buena medida de la diligencia con que la mandante ha desplegado el papel fiscalizador que la normativa le impone a fin de asegurar un buen desarrollo de este régimen, que no se traduzca en mayores riesgos de inobservancia hacia los derechos de los trabajadores y de precarización.

Asimismo, cabe precisar que el ejercicio de los derechos de información y retención que parecieran estar consagrados en la legislación como una obligación de medios, efectuar cierta conducta tendiente a obtener un fin, en la práctica ha sido entendida por la jurisprudencia como una obligación de resultados, pues cada vez que se ha establecido que la contratista ha incumplido sus obligaciones laborales y previsionales y que esto no fue oportunamente advertido por la mandante y que no derivó en la retención de dineros para cumplir con dicha obligación, se ha entendido que el ejercicio de tales facultades no ha sido cabal o completo, dando cuenta con ello que el papel fiscalizador o de supervigilancia que se impone a la mandante no es una cuestión baladí, ni que deba ser cumplida como una mera formalidad.

Todo lo anterior, no obstante que tal y como ocurre en lo atinente a las demás obligaciones laborales y previsionales, la mandante que cumpla en subrogación de la contratista siempre podrá ejercer el derecho a repetir en su contra, y que, asimismo, en el marco de la autonomía de la voluntad, en la medida que esta tesis se asiente en la jurisprudencia, los contratos de prestación de servicios podrán incorporar cláusulas que consagren multas u otras sanciones frente a este tipo de infracciones, de manera de mejorar la protección al trabajador sin sobrecargar indebidamente a quien no ha incurrido en la falta.

Y sin perjuicio de advertir, además, que lo dicho aplica respecto de las indemnizaciones que el juez laboral pueda ordenar pagar, a consecuencia de una vulneración de derechos fundamentales, dado que cuando disponga otras medidas reparatorias, por ejemplo, la publicación de una sentencia en un medio de prensa o la información de ella a los restantes trabajadores, la realización de talleres o capacitaciones referidas a cierta materia u otras similares, volvemos al ámbito de las obligaciones de hacer, que dado su carácter de indivisibles, solo podrán ser cumplidas por aquella demandada a quien se haya impuesto el gravamen.

IX. Conclusiones

A lo largo del presente trabajo, se ha presentado una serie de razones que pueden sustentar la decisión de ampliar al sujeto pasivo del procedimiento de tutela laboral, incluyendo tanto al empleador directo como a uno que a estos efectos podemos calificar de indirecto, cual es, la empresa principal o mandante, pareciendo irrelevante si la vulneración de derechos fundamentales ha sido cometida por uno u otro, pues, en definitiva, lo que interesa no es que el trabajador pueda dirigirse solo en contra de uno u otro, sino que cuente con un patrimonio mayor sobre el cual hacer efectivas las eventuales sanciones;

luego, si una de las empresas estima que no ha participado del ilícito que origina la obligación de indemnizar, ello será materia de un ajuste de cuentas entre ambas, que podrá ser discutido en sede civil a propósito del contrato que las une o las unía.

Esta conclusión nos parece que es la que mejor se aviene con la interpretación que debe darse a las normas que consagran derechos fundamentales, y aquellas que establecen procedimientos destinados a protegerlos, pues tanto las disposiciones contenidas en nuestra Carta Fundamental, en particular, en sus artículos 5.° y 6.°, como en los tratados internacionales ratificados por Chile sobre la materia, obligan a los operadores jurídicos a efectuar un análisis de la preceptiva que permita extender la vida y eficacia de tales derechos, cuestión que cobra especial importancia en un contexto de desigualdad entre las partes, donde la necesidad de una la puede llevar a aceptar condiciones de trabajo que afecten su dignidad personal. Condiciones que, como hemos dicho y como se advierte en numerosos ejemplos de la realidad, pueden ser creadas tanto por su empleador como por este tercero relacionado o empleador indirecto, con quien se relaciona en forma diaria y a quien la legislación le reconoce ciertas facultades ordinariamente asignadas únicamente al empleador, como ocurre con las relativas a higiene y seguridad, quien, además, puede representar también un importante papel en términos de exigir al empleador directo y contratista un celoso apego al respeto de los derechos fundamentales de sus trabajadores como requisito para la mantención o supervivencia del contrato de prestación de servicios, lo que, nuevamente, refuerza la idea de que la principal no es, ni puede ser, un mero observador en lo que a la prohibición de vulneración de derechos fundamentales respecta.

La protección efectiva de los derechos fundamentales es una exigencia de la propia dignidad humana, y todo Estado que se diga respetuoso de ella debe promover que su normativa interna sea dictada, interpretada y aplicada, de un modo acorde con esta dignidad. En este orden de ideas, la autorización dada por el legislador a las empresas, para que puedan externalizar una serie de servicios y satisfacer de este modo sus necesidades operacionales y completar su proceso productivo sin necesidad de contratar trabajadores propios, desligándose de todas las obligaciones que corresponden al empleador, exige como contrapartida, que esta empresa garantice el cumplimiento de todos los derechos del trabajador, tanto de los de naturaleza patrimonial vinculados con su subsistencia como de aquellos extrapatrimoniales que se relacionan con su dignidad personal. Sostener lo contrario, importa crear un espacio de impunidad y desprotección, intolerable para el sistema de protección a los derechos fundamentales, que precisamente por tal motivo debe ser rechazado.

Bibliografía

Barbagelata, Héctor Hugo (2009): *El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales* (Montevideo, Ed. Fondo de Cultura Universitaria, 2ª edición).

Bobbio, Norberto (1992): *El problema de la guerra y las vías de la paz* (Barcelona, Ed. Gedisa).

Caamaño Rojo, Eduardo (2007): "La ley de subcontratación y la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores de servicios transitorios". *Ius et Praxis*, vol. 13, n.º 2. Disponible en www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000200008&lng=es&nrm=iso&tlng=es [fecha consulta: 20 de febrero de 2022].

Cea Egaña, José Luis (2012): *Derecho constitucional chileno*, Tomo ii (Santiago, Ed. Universidad Católica de Chile).

Desdentado Bonete, Aurelio. (2003): "El principio pro operario", en Luis Enrique de la Villa Gil, Lourdes Lopez Cumbre (dirs.). *Los principios del derecho del trabajo* (Madrid, Centro de Estudios Financieros).

Díaz García, Iván (2010): "Aplicación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales en el suministro de trabajadores". *Ius et Praxis*, vol. 16, n.º 2. Disponible en www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122010000200012 [fecha de consulta: 22 de febrero de 2022].

Fernández García, Eusebio (1984): *Teoría de la justicia y derechos humanos* (Madrid, Ed. Debate).

Ferrada Bórquez, Juan Carlos y Rodolfo Walter Díaz (2011): "La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral". *Revista de Derecho*, vol. 24, n.º 2. Disponible en www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502011000200004&script=sci_arttext [fecha de consulta: 22 de febrero de 2022].

Ferrajoli, Luigi (2010): *Democracia y garantismo* (Madrid, Ed. Trotta, 2ª edición).

Gamonal Contreras, Sergio (2009): *El daño moral en el contrato de trabajo* (Santiago, Ed. Legal Publishing).

Gamonal Contreras, Sergio (2011a): *Fundamentos de derecho laboral* (Santiago, Ed. Abeledo Perrot, 3ª edición).

Gamonal Contreras, Sergio (2011): *Trabajo y derecho* (Santiago, Ed. Abeledo Perrot, 2ª edición).

Nogueira Alcalá, Humberto (2006): *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos* (Santiago, Ed. Librotecnia).

Palavecino Cáceres, Claudio (2014): "El procedimiento de tutela de derechos fundamentales del trabajador en Chile". *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 5, n.º 9 (Universidad de Chile).

Palomeque López, Manuel (2003): "El principio pro operario", en Luis Enrique de la Villa Gil, Lourdes Lopez Cumbre (dirs.). *Los principios del derecho del trabajo* (Madrid, Centro de Estudios Financieros).

Peces-Barba, Gregorio (2004): *Lecciones de derechos fundamentales* (Madrid, Ed. Dykinson).

Pla Rodríguez, Américo (1978): *Los principios del derecho del trabajo* (Buenos Aires, Ed. Depalma, 2ª edición).

Prado López, Pamela (2009): *La subcontratación y el suministro en el derecho civil* (Santiago, Ed. Legal Publishing).

Saltos Hidalgo, Tatiana (2021): "Luces y sombras: La responsabilidad de la empresa principal en la indemnización especial por tutela laboral con ocasión del despido". *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 12, n.° 24 (Universidad de Chile). Disponible en https://revistatrabajo.uchile.cl/index.php/RDTSS/article/view/64054/69623 [fecha consulta: 14 de marzo de 2022].

Sanhueza Torres, Rodrigo (2012): "Responsabilidad de la empresa principal en el procedimiento de tutela laboral". *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 3, n.° 5 (Santiago).

Supiot, Alain (2012): *Homo juridicus* (Buenos Aires, Ed. Siglo XXI, 2ª edición).

Ugarte Cataldo, José Luis (2009a): *Tutela de derechos fundamentales del trabajador* (Santiago, Ed. Legal Publishing).

Ugarte Cataldo, José Luis (2009b): *El nuevo derecho del trabajo* (Santiago, Ed. Legal Publishing, 3ª edición).

Jurisprudencia

Corte de Apelaciones de Antofagasta (2010): Rol 91-10, Peña con Constructora e Inmobiliaria Casa Grande, 7 de octubre de 2010.

Corte de Apelaciones de Concepción (2015): Rol 135-2015, Rupayan con Team Work Recursos Humanos Ltda., 10 de junio de 2015.

Corte de Apelaciones de Concepción (2022): Rol 541-2021, Flores con Empresa Servicios Manvier Ltda., 22 de enero de 2022.

Corte de Apelaciones de Puerto Montt (2016): Rol 90-2016, Urra con Productos del Mar, 22 de julio de 2016.

Corte de Apelaciones de Santiago (2011): Rol 455-2011, Lara con Agrícola Concha y Toro, 5 de julio de 2011.

Corte de Apelaciones de Santiago (2013): Rol 93-2013, Ramírez con Ingeniería, 1 de abril de 2013.

Corte de Apelaciones de Valparaíso (2009): Rol 168-2009, Román con Empresas de Seguridad y Servicios HBJ E.I.R.L., 30 de junio de 2009.

Corte de Apelaciones de Valparaíso (2011): Rol 338-2011, Munizaga con Factor Seguridad Limitada, 15 de septiembre de 2011.

Corte de Apelaciones de Valparaíso (2020): Rol 170-2020, Ulloa con Sociedad Servicios Ingeniería y Mantención, 26 de junio de 2020.

Corte de Apelaciones de Iquique (2020): Rol 138-2020, Guevara con Empresa Red Security SPA, 24 de noviembre de 2020.

Corte Suprema (2012): Rol 9.669-2011, Munizaga con Factor Seguridad Limitada, 10 de agosto de 2012.

Corte Suprema (2014): Rol 1.618-2014, Díaz con Ingeniería y Construcción Atlante Spa, 30 de julio de 2014.

Corte Suprema (2015): Rol 13.849-2014, Munzón con Cueto, 25 de mayo de 2015.

Corte Suprema (2016): Rol 20.400-2015, José Audito Alvial Bello con Empresa Constructora Branex, 28 de junio de 2016.

Corte Suprema (2017): Rol 34.362-2016, López con KPS Investrust S.A., 9 de enero de 2017.

Corte Suprema (2019): Rol 31.633-2018, Ubilla y otros con Construcción Ingeniería y Montajes S.A., 25 de abril de 2019.

Corte Suprema (2019): Rol 9.473-2019, Silva con Agencia Ecisa Chile Compañía General de Construcciones S.A., 29 de noviembre de 2019.

Corte Suprema (2020): Rol 16.703-2019, Roldán con Constructora Alcarraz Limitada, 3 de enero de 2020.

Corte Suprema (2020): Rol 18.668-2019, Berríos y otros con Ingeniería e Integración en Construcción de Proyectos Industriales Incoproin Spa, 30 de marzo de 2020.

Corte Suprema (2021): Rol 33.167-2020, Casas Ojeda Maritza del Carmen con Asemax Spa, 6 de septiembre de 2021.

Corte Suprema (2021): Rol 20.678-2020, Castillo Zapata Fabián con Reparación y Servicios Varios S.A., 12 de octubre de 2021.

Corte Suprema (2021): Rol 69.896-2020, Tapia con Reparación y Servicios Varios S.A., 25 de noviembre de 2021.

Corte Suprema (2022): Rol 134.104-2020, Vergara con Fontaine, 17 de enero de 2022.

Corte Suprema (2022): Rol 95.063-2020, Sepúlveda Henriquez Alfredo Con Leyton Canales Claudio, 17 de marzo de 2022.

Corte Suprema (2022): Rol 92.936-2020, Torres Pinales Juan con Cielpanel Spa, 25 de marzo de 2022.

Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta (2020): Rit T-350-2019, Romero con Agetrans El Loa, 22 de abril de 2020.

Juzgado de Letras del Trabajo de Calama (2010): Rit T-13-2009, Peña con Constructora e Inmobiliaria Casa Grande, 26 de abril de 2010.

Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción (2021): Rit T-557-2020, Flores con Empresa Servicios Manvier Ltda., 31 de agosto de 2021.

Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique (2020): Rit T-235-2019, Guevara con Empresa Red Security Spa, 15 de septiembre de 2020.

Juzgado de Letras del Trabajo de Los Ángeles (2015): Rit T-15-2014, Rupayan con Team Work Recursos Humanos Ltda., 30 de abril de 2015.

Juzgado de Letras del Trabajo de Puerto Montt (2016): Rit T-11-2016, Urra con Productos del Mar, 11 de mayo de 2016.

Juzgado de Letras del Trabajo de San Felipe (2009): Rit T-12-2009, Bustamante con Best Select Chile S.A., 19 de octubre de 2009.

Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso (2009): Rit T-5-2009, Román con Empresas de Seguridad y Servicios HBJ E.I.R.L., 6 de mayo de 2009.

Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso (2011): Rit T-83-2010, Munizaga con Factor Seguridad Limitada, 5 de agosto de 2011.

1er Juzgado de Letras de Los Andes (2020): Rit T-4-2019, Ulloa con Sociedad Servicios Ingeniería y Mantención, 6 de febrero de 2020.

1er Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago (2012): Rit T-404-2012, Ramírez con Ingeniería, 20 de diciembre de 2012.

2.° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago (2010): Rit T-95-2010, Bravo con Outsourcing Desarrollo de Sistemas S.A., 21 de junio de 2010.

2.° Juzgado del Trabajo de Santiago (2011): Rit T-380-2010, Lara con Agrícola Concha y Toro, 4 de marzo de 2011.

LA FUNCIÓN FISCALIZADORA DE LOS CONCEJALES EN CHILE: DEPENDENCIA DEL ALCALDE Y CARENCIA DE PROTECCIÓN PARA UN ADECUADO EJERCICIO

THE SUPERVISORY FUNCTION OF COUNCILORS IN CHILE: DEPENDENCE ON THE MAYOR AND LACK OF PROTECTION FOR AN ADEQUATE EXERCISE

Álvaro Delgado Martínez[*]

Resumen: Este artículo tiene por objetivo analizar el papel fiscalizador de los concejales en nuestro ordenamiento jurídico municipal. Para ello, revisaremos las facultades y atribuciones que otorga nuestra legislación para la consecución de dicho cometido. Además, se analizará la escasa protección que da, tanto la normativa constitucional como legal, al ejercicio de dicha labor. De forma paralela a lo anteriormente señalado, se tratarán las facultades que tienen los miembros de concejos municipales y los medios de protección en caso de entorpecimiento de sus funciones, en los casos de la legislación española, colombiana y ecuatoriana.

Palabras claves: Concejales, concejo, municipalidad, fiscalización, alcalde.

Abstract: The ain of the current article is to analyze the role of auditing of the city councillors in our Chilean legal system. For that purpose, we are going

[*] Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas Universidad Adolfo Ibáñez. Licenciado en Historia Pontificia Universidad Católica de Chile. Magister en Derecho mención Derecho Regulatorio Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor Facultad de Derecho Universidad del Desarrollo, sede Santiago. Profesor Escuela de Administración Pública Universidad Mayor. Profesor Diplomado en Normativa Municipal, Pontificia Universidad Católica de Chile. Exconcejal Municipalidad de La Reina. Correo electrónico: a.delgado@udd.cl

to review the powers and the competences that our legal system provides. In addition, we are going to examine the scarce protection that the constitutional and legal frameworks provide for that role. At the same time, we are going to go over the powers of the Spanish, Colombian and Ecuadorian members of city councils and the protection instruments that their respective legislations provide in case of hindering the normal functioning of their duties.

Keywords: City councillors, city council, auditing, mayor.

I. Introducción

En nuestro país, cada cuatro años se renuevan los mandatos de alcaldes, alcaldesas y concejales de las 345 comunas del país. Luego de dicho proceso, en los casos en que cambia la persona del jefe o jefa comunal, es común que surjan cuestionamientos o denuncias en relación con la anterior administración. El proceso de instalación de las nuevas administraciones comunales, luego de la elección municipal de mayo de 2021, no ha sido la excepción[1].

Ello, inevitablemente, ha provocado un cuestionamiento al papel de los respectivos concejos municipales, en tanto estos, por ley, son los órganos encargados de fiscalizar las actuaciones de los alcaldes y alcaldesas, así como de la municipalidad en general[2].

Por lo anterior, el presente trabajo busca analizar el papel fiscalizador de los miembros del Concejo Municipal, regulado en nuestro ordenamiento jurídico municipal. Sin embargo, el objetivo de este artículo no solamente es revisar lo que dispone nuestra legislación en torno a la materia, sino, también, abordar experiencias comparadas con la finalidad de que aquello pueda servir para evidenciar de mejor manera las falencias o carencias de nuestra normativa, para ensayar una reforma a nuestro sistema municipal, por lo menos en lo que respecta a las atribuciones fiscalizadoras de los concejales.

II. Las facultades fiscalizadoras de los concejales en la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades

El Concejo Municipal existente en todas las municipalidades de nuestro país, es una innovación del nuevo régimen municipal instaurado a partir del retorno

[1] *El Mostrador* (2021).

[2] Artículos 71 y 79 letras d) y l) de la Ley n.° 18.695 "Orgánica Constitucional de Municipalidades".

a la democracia, que tiene como primer hito la dictación de la Ley n.º 18695 Orgánica Constitucional de Municipalidades.

Lo anterior, a pesar de que, como se expondrá más adelante, dicho cuerpo legal no estableció la existencia de dicho órgano colegiado.

Si bien en la legislación municipal anterior a 1973 existía el cargo de regidor o regidora, en relación con la función de dichos ediles, no es posible señalar que sea la misma que desarrollan los actuales concejales, aun cuando en algunos aspectos haya similitudes. Así, por ejemplo, la función fiscalizadora que tienen los actuales miembros del Concejo Municipal, estaba totalmente ausente en la legislación anterior[3].

Una vez derogada la legislación municipal vigente hasta 1973, la Junta de Gobierno dictó el decreto ley n.º 1289 denominado "Ley Orgánica de Municipalidades", instrumento que constituyó la piedra angular del régimen municipal chileno hasta 1988, cuando se dicta la actual Ley n.º 18695.

En ese decreto ley, se eliminó la existencia de los regidores y se estableció en su artículo 7.°: "Las facultades y funciones de las Municipalidades serán ejercidas fundamentalmente por el Alcalde". El mismo precepto creó el Consejo de Desarrollo Comunal (CODECO), como órgano meramente asesor del alcalde y cuyos integrantes eran designados por este.

Con la elección del primer gobierno democrático tras el régimen militar, en 1991 se reformó la Constitución Política de la República –mediante la Ley n.º 19097, para crear los actuales concejos municipales.

Luego de dicha reforma constitucional se promulgó la Ley n.º 19130[4] que modificó completamente el título III de la Ley n.º 18695 Orgánica Constitucional de Municipalidades, que buscó regular *in extenso* la composición y atribuciones de los referidos concejos[5], cuya denominación hace referencia a los órganos que existieron en la legislación medieval española[6, 7].

---

[3] Tanto en la Ley s/n "Lei sobre organización i atribuciones de las municipalidades" de 1891 como, asimismo, la Ley n.º 11360, también denominada "Sobre Organización y Atribuciones de las Municipalidades", no existía autoridad u órgano que desarrollase una función fiscalizadora de la administración municipal. Además, consideraban a los regidores, de forma individual, como parte constituyente del municipio y, a diferencia de la actual ley, no los consideraban como parte integrante de un órgano colegiado.

[4] La Ley n.º 19130 es la materialización de la propuesta de "democratización del poder comunal y local, introduciendo la elección de Alcaldes, Regidores y directivas de las Juntas de Vecinos" establecida en el punto n.º 6 del acápite I del programa de gobierno del presidente Patricio Aylwin. Así se señala en el Mensaje Presidencial que dio origen a la Ley n.º 19130 de fecha 12 de noviembre de 1991.

[5] Mensaje presidencial de fecha 12 de noviembre de 1991 que dio origen a Ley n.º 19130. Disponible en *Historia de la Ley* n.º 19130" (2018).

[6] Fernández (2017), p. 69.

[7] El *Diccionario de la lengua española* señala que la palabra 'concejo' proviene del término latino '*concilium*', los cuales en la Edad Media española eran asambleas de hombres libres que

Dentro de dicho título, el artículo 71 de la LOC de Municipalidades establece la naturaleza de esta institución en nuestro sistema de representación local, asignándole el carácter de órgano normativo, resolutivo y fiscalizador, encargado de hacer efectiva la participación de la comunidad local y de ejercer las atribuciones que señale dicha ley. Así lo indicó el ministro del Interior Enrique Krauss Rusque ante las comisiones unidas del Senado al referirse al contenido y propósitos que motivaban el proyecto de reforma constitucional que incorporó la existencia de los concejos municipales en la Carta Fundamental de 1980.

Al respecto, explicó que las funciones:

> "De índole normativa y resolutiva del citado organismo está definida por las facultades que se le confieren, en orden a aprobar –por proposición del alcalde– los proyectos de plan comunal de desarrollo y del plan regulador comunal, así como el presupuesto municipal.
>
> Igualmente, le compete al Concejo aprobar(?) los derechos por servicios municipales (sic), permisos y concesiones; acordar, dentro del marco que permita la ley, determinados tributos de carácter local; autorizar las transacciones judiciales y extrajudiciales, y el otorgamiento de concesiones [...]. Su carácter fiscalizador faculta a los concejales y concejalas, a su vez, para ejercer control sobre la ejecución presupuestaria en cumplimiento de los planes municipales, las actuaciones del alcalde y demás agentes municipales"[8].

Por otra parte, el artículo 79 de la Ley n.° 18695 Orgánica Constitucional de Municipalidades establece las diversas funciones y atribuciones que pueden ejercer los concejos municipales, entre ellas aquellas que corresponden a su carácter de órgano fiscalizador. Así, por ejemplo, dicho precepto entrega al Concejo la función de fiscalizar el cumplimiento de los planes y programas de inversión municipal y la ejecución del presupuesto municipal; fiscalizar las actuaciones del alcalde y formularle las observaciones que le merezcan; citar o pedir información a través del alcalde a los organismos o funcionarios municipales; citar con el acuerdo de al menos un tercio de sus miembros a cualquier director municipal; solicitar informe a las empresas, corporaciones o fundaciones municipales, y a las entidades que reciban aportes o subven-

regulaban la vida económica y administraban justicia en el ámbito local, con independencia del Conde. Véase Eyzaguirre (1967), p. 66.

[8] Primer informe de la comisión "Gobierno, descentralización y regionalización" y de "Constitución, legislación, justicia y reglamento", unidas del Senado, en relación con el proyecto de reforma constitucional sobre gobierno y administración regional y provincial y administración comunal, Boletín n.° 357-06, de fecha 5 de agosto de 1991.

ciones y supervisar el cumplimiento del plan comunal de desarrollo. Además, el artículo 80 de la ley, le faculta para disponer, a través del alcalde, la contratación de una auditoría externa que evalúe la ejecución presupuestaria y el estado financiero del municipio.

Por otra parte, el artículo 81 del mismo cuerpo legal le exige examinar trimestralmente los ingresos y gastos del municipio, a fin de introducir las modificaciones presupuestarias a que hubiere lugar, a propuesta del alcalde.

De esta forma, las funciones y atribuciones de los concejos municipales están determinadas principalmente en tres artículos de la ley que regula el funcionamiento de las municipalidades en nuestro ordenamiento. Sin embargo, es el artículo 79, el que contiene un catálogo de facultades dadas a este tipo de órganos colegiados. Dentro de dicho catálogo cobran importancia, para efectos del ejercicio de la labor fiscalizadora, lo prescrito en sus letras d), h) e i). Estos señalan:

> "Artículo 79.- Al concejo le corresponderá: [...]
>
> [...] d) Fiscalizar las actuaciones del alcalde y formularle observaciones que le merezcan, las que deberán ser respondidas por escrito dentro del plazo máximo de 15 días…
>
> [...] h) Citar o pedir información, a través del Alcalde o Alcaldesa, a los organismos y funcionarios municipales cuando lo estime necesario para pronunciarse sobre las materias de su competencia.
>
> La facultad de solicitar información la tendrá también cualquier concejal, la que deberá formalizarse por escrito al concejo.
>
> El alcalde estará obligado a responder el informe en un plazo no mayor de quince días [...].
>
> i) Fiscalizar las unidades y servicios municipales. En el ejercicio de su función fiscalizadora, el concejo, con el acuerdo de, al menos, un tercio de sus miembros, podrá citar a cualquier director municipal para que asista a sesiones del concejo con el objeto de formularle preguntas y requerir información en relación con materias propias de su dirección. El reglamento de funcionamiento del concejo establecerá el procedimiento y demás normas necesarias para regular estas citaciones;…".

La importancia señalada precedentemente está dada porque es, en estas normas en las que se fundamentan, las actuaciones fiscalizadoras de los concejales.

Ahora bien, en cuanto a la facultad contenida en la letra d) del artículo 79, esta prácticamente no es ejercida en la actualidad, por lo menos en los términos en que está redactado el precepto, toda vez que los concejales emiten sus opiniones y apreciaciones generalmente de forma oral en las respectivas sesiones de los concejos municipales, siendo un tanto inoficioso hacerlo de forma escrita, razón por la cual no analizaremos dicha prerrogativa.

No obstante, en lo referente a los fines de este trabajo, importa analizar la atribución de la letra h) del ya referido artículo, que es la facultad de citar o pedir información, toda vez que cuando un miembro del concejo requiere algún antecedente, lo hace en virtud de dicha norma.

Con todo, veremos a continuación las falencias de la disposición comentada.

En primer lugar, la facultad solamente puede ejercerse a través del alcalde, lo que significa una burocracia innecesaria. Además, resulta algo paradójico, dado que la entrega de la información solicitada por el respectivo concejal o concejala, queda a voluntad del alcalde o alcaldesa, cuya gestión es la que se pretende fiscalizar. En ese sentido, no existe razón alguna para que no pueda ser el propio concejal quien acuda directamente ante la dependencia municipal de la cual requiere información. Lo anterior queda refrendado al analizar otros ordenamientos que establecen la posibilidad de que los ediles soliciten de forma directa la información que requieren.

En relación con lo antes expuesto, merece especial atención el caso español, en particular lo referido a las facultades de las cuales gozan los concejales hispanos a partir del real decreto 2568/1986 Reglamento de Organización, Financiamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (en adelante ROF). Dicho cuerpo legal establece un sistema expedito de acceso a la información para los concejales, sin necesidad de autorización previa. Así, los ediles pueden solicitar información directamente:

> "Cuando se trate del acceso de cualquier miembro de la Corporación, a la información y documentación correspondiente a los asuntos que hayan de ser tratados por los órganos colegiados de que formen parte, así como a las resoluciones o acuerdos adoptados por cualquier órgano municipal".

Además, establece esa facultad:

> "Cuando se trate del acceso de los miembros de la Corporación a la información o documentación de la entidad local que sean de libre acceso para los ciudadanos"[9].

Vale decir, cuando la información es de aquellas que está disponible para cualquier ciudadano, no es necesario la autorización del jefe comunal para el otorgamiento de esta.

Sin perjuicio de lo anterior, la legislación española señala que, en algunos casos, se requiere la autorización del alcalde para el acceso a la informa-

[9] Letras b) y c) del artículo 15 del real decreto 2568/1986.

ción[10]. Sin embargo, esta no solamente establece plazos muchísimo más cortos que el establecido en nuestra legislación para que el alcalde(sa) de respuesta a la solicitud (en el caso español son cinco días y en el nuestro quince), sino que, en el evento de que el alcalde se niegue a otorgar la información necesaria, deberá hacerlo mediante resolución o acuerdo motivado[11]. Así y todo, en el hipotético caso de que no dé respuesta, se entenderá concedida la petición por silencio administrativo[12].

Otra atribución de la cual gozan los concejales españoles, totalmente inexistente en nuestra LOC de Municipalidades, es la de consultar y revisar directamente la documentación o archivos municipales, sin intermediario alguno, tal como lo autoriza el artículo 16 del ROF. Como ya se señaló, en el caso chileno, aquello debe canalizarse a través del respectivo alcalde.

La analizada norma contenida en la letra h) del artículo 79 de la LOC de municipalidades no solamente establece la posibilidad de solicitar información a los organismos o funcionarios municipales, sino, también, de citar a estos últimos. Aquello es reforzado por la letra l) del mismo precepto legal, transcrito en las líneas precedentes, y que posibilita que:

> "En el ejercicio de su función fiscalizadora, el Concejo, con el acuerdo de al menos un tercio de sus miembros, podrá citar a cualquier director municipal para que asista a sesiones del concejo con el objeto de formularle preguntas y requerir información en relación con materias propias de su dirección"[13].

En ese sentido, es importante analizar la última frase de la citada norma, toda vez que permitiría sostener que, los concejales podrían solicitar la información directamente al funcionario municipal citado, sin necesidad de hacerlo a través del alcalde(sa), como lo determina la letra h) del mismo artículo 79 de la LOC de Municipalidades.

Pero como lo hemos visto, aparte de que la ley chilena deja la facultad de fiscalización de los concejales a voluntad del alcalde, la falencia más grave de nuestra legislación radica en que el incumplimiento de la ley, en tanto no se acceda o cumpla con los requerimientos hechos por los concejales, no genera ninguna consecuencia. Así, en el caso de que un alcalde o alcaldesa no acceda a una petición formulada por un miembro de su concejo, no existe medio de impugnación ni sanción alguna para aquello. Dicho aspecto lo analizaremos en el próximo acápite.

[10] Número 1 del artículo 14 del real decreto 2568/1986.
[11] Número 2 del artículo 14 del real decreto 2568/1986.
[12] Número 3 del artículo 14 del Real Decreto 2568/1986.
[13] Artículo 79 letra l) Ley n.º 18695, "Orgánica Constitucional de Municipalidades".

III. Los medios para garantizar el ejercicio de las funciones fiscalizadoras de los concejos municipales

Tal como se adelantó previamente, uno de los grandes problemas existentes en nuestro ordenamiento, que consecuentemente hace muy difícil una adecuada fiscalización por parte de los concejales, radica en la ausencia de protección para el ejercicio de las facultades que la ley le otorga a dichos ediles, con la correspondiente inexistencia de medios para tales efectos, con excepción de la posibilidad que tienen los ediles de recurrir ante la Contraloría General de la República, mecanismo que, como lo analizaremos, también presenta deficiencias.

En Chile, el ejercicio de las atribuciones de los concejales no tiene mayor protección, lo que ha llevado a que algunos ediles denuncien a alcaldes desde el no otorgamiento de información hasta casos en que estos mismos han impedido que los concejales intervengan en sesiones del concejo municipal[14].

Tal como se señaló antes, en el caso de petición de información, si bien el jefe comunal tiene la obligación de responder en un plazo determinado, no existe ninguna sanción en caso de incumplimiento. Eso, si bien la Ley n.º 18695 establece una serie de obligaciones, no solamente para el alcalde o los concejales, sino para una serie de actores del ámbito municipal, para algunas hipótesis, no señala consecuencias en caso de incumplimientos o infracciones a la ley.

Lo anterior, genera una curiosa paradoja. A los concejales les podría resultar más efectivo solicitar información, como puede hacerlo cualquier ciudadano o ciudadana, a través del sistema de acceso a la información pública establecido por la Ley n.º 20285 sobre Transparencia en los Actos del Estado, conocida coloquialmente como Ley de Transparencia.

Dicha legislación, no solamente materializa el principio de acceso a la información pública establecido en el inciso segundo del artículo 8.° de la Constitución Política de la República, haciendo aplicable este a las municipalidades, sino que, también, establece sanciones para autoridades o jefes de servicios de instituciones que, sujetas al imperio de dicha ley, se nieguen a otorgar acceso a la información pública. Así, por ejemplo, el artículo 45 establece≠:

> "La autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, que hubiese denegado infundadamente el acceso a la información, contraviniendo así lo dispuesto en el artículo 16 [dicho precepto establece la obligación de la autoridad o jefatura o superior del órgano o servicio de la Administración del Estado requerido,

[14] Biobiochile (2017).

de proporcionar la información solicitada], será sancionado con multa de 20 % a 50 % de su remuneración".

A su turno, el artículo 46 establece la hipótesis de incumplimiento de las resoluciones del Consejo para la Transparencia en caso de que dicha judicatura ordene entregar la información requerida por el ciudadano. Para tal caso, se establece la misma multa señalada en el artículo 45, pero con la posibilidad de aumentarla al doble el monto de esta y aplicar la sanción de suspensión en caso de que la autoridad a la cual se le ordenó cumplir la respectiva resolución, persistiese en su actitud.

Así las cosas, dicho procedimiento podría resultar ser más formal, expedito y eficiente que una presentación ante la Contraloría General de la República, único arbitrio del cual disponen los concejales como tales y que resulta un procedimiento del todo oscuro, sin plazos y sin publicidad de sus actos.

En el caso de otras afecciones al derecho de los concejales de ejercer sus facultades, como, por ejemplo, imposibilidad de hablar en las sesiones de concejo, no otorgamiento de medios materiales para desarrollar su función, etc., en que tampoco existe otro mecanismo de protección más que la respectiva presentación al órgano contralor.

En ese sentido, la experiencia española dista muchísimo de nuestra realidad nacional. La doctrina española entiende que el correcto ejercicio de las funciones de un concejal está amparado y garantizado por el artículo 23 de la Constitución española y, por tanto, se encuentra especialmente protegido por un procedimiento especial, preferente y sumario, detallado en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y por la posibilidad de interponer un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional[15].

Lo anterior no es posible en nuestro país, pues la función de los miembros de los concejos municipales no está garantizada explícitamente por la Constitución Política de la República, haciendo poco probable que se acoja una acción de protección, que sería la acción equivalente en nuestro país a la acción del ordenamiento español que se detalló anteriormente.

Aquella falta de acciones jurisdiccionales no solamente se debe a que el ejercicio de las funciones de los representantes locales no se encuentra garantizada por el ordenamiento constitucional, sino, también, a la inexplicable ausencia de una justicia administrativa en el Estado de Chile, cuestión que, aun cuando sería importantísimo abordar, rebasa los objetivos de este artículo[16].

La legislación colombiana, contiene facultades similares a las contenidas en nuestro ordenamiento, para los concejales en materia de fiscalización. Así, establece que el Concejo puede:

[15] Fundación Democracia y Gobierno Local (2011), p 139.

[16] Dicha problemática se analiza en profundidad en Pantoja (2005).

> "Exigir informes escritos o citar a los secretarios de la Alcaldía, directores de departamentos administrativos o entidades descentralizadas del orden municipal, al Contralor y al personero, así como a cualquier funcionario municipal, excepto al alcalde, para que haga declaraciones orales sobre asuntos relacionados con la marcha del municipio"[17].

Sin embargo, la Constitución de Colombia establece la posibilidad de destitución de los funcionarios municipales que desatiendan los requerimientos y/o citaciones del Concejo. Aquello lo hace mediante la moción de censura establecida en su artículo 313 n.° 12, que señala al respecto:

> "Art 313. Corresponde a los concejos:
> [...] 12. Proponer moción de censura respecto de los Secretarios del Despacho del Alcalde por asuntos relacionados con funciones propias del cargo o por desatención a los requerimientos y citaciones del Concejo Distrital o Municipal [...]".

La norma transcrita establece como requisito que la moción sea propuesta por la mitad más uno de los miembros del respectivo concejo y sea acordada por dos tercios de los miembros que integran la corporación. De ser aprobada, el funcionario es separado de su cargo.

En nuestro país no existe una disposición similar, salvo la posibilidad de remoción del administrador municipal por dos tercios de los concejales en ejercicio[18].

De esta manera, ante la carencia de procedimientos judiciales, como existen en el ordenamiento español, y de instituciones como la moción de censura que establece la legislación colombiana, en nuestro país, la única opción que tienen los concejales, en caso de que su labor fiscalizadora sea obstruida, es recurrir a la Contraloría General de la República, mecanismo que adolece de serias falencias, cuestión que analizaremos a continuación.

IV. La potestad de la Contraloría en la protección del ejercicio de las facultades fiscalizadoras de los concejales

Como quedó asentado en el acápite anterior, en nuestra realidad nacional, en el caso de que los concejales no puedan cumplir con sus facultades fiscalizadoras, tienen, prácticamente como única opción, recurrir a la Contraloría General de la República.

[17] Artículo 32 de la Ley 136 de 1994 (Colombia).

[18] Artículo 30 Ley n.° 18695 "Orgánica Constitucional de Municipalidades".

Este órgano contralor estima que su propia ley orgánica, específicamente sus artículos 1, 8 y 55, no solamente le faculta para emitir pronunciamiento sobre la legalidad de un determinado acto administrativo, sino que, además, le otorga la potestad de ordenar al respectivo órgano de la administración la producción del acto de reemplazo o de un acto en general (en el caso de omisiones)[19].

Sin embargo, de una somera lectura del artículo 19 de la Ley n.º 10336 de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República, se desprende que solo los abogados, fiscales o asesores jurídicos de las reparticiones sujetas al control de la Contraloría, entre las cuales están las municipalidades, están sujetos a las directrices del órgano contralor[20]. De esta forma, la Contraloría no tiene poder de instrucción sobre el respectivo órgano controlado, ni menos sobre el jefe del servicio, entre los cuales se encuentran los respectivos alcaldes y alcaldesas en el caso de municipalidades.

Para lograr que se cumpla la legalidad, los funcionarios de la Contraloría recurren a presionar a su contraparte de la Administración, incluidos los funcionarios municipales, con la amenaza de sumarios y sanciones en el caso de no cumplir los dictámenes[21]. Así queda de manifiesto en algunos de sus dictámenes, por ejemplo, en el n.º 24375 de 14 de septiembre de 1993, que expresa:

> "Los dictámenes de Contraloría en materias de su competencia son obligatorios para servicios como las municipalidades. Así, su falta de aplicación implica tanto el no cumplimiento de la norma legal interpretada en el dictamen, cuando la inobservancia del precepto de la Ley N° 10.336 y puede, por ende, irrogar responsabilidad para los funcionarios que deban adoptar las medidas conducentes para ejecutar la ley cuyo alcance fijan aquellos dictámenes".

No obstante, lo cierto es que la Contraloría no goza de una potestad o facultad de instrucción sobre los órganos de la Administración, en especial sobre las municipalidades, sino que solo tiene la facultad de elaborar informes declarativos donde se refiera a la legalidad de un determinado acto, mas no que este

[19] Aldunate (2005), p. 26.

[20] El artículo 19 de la Ley n.º 10336 de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República: Los abogados, fiscales o asesores jurídicos de las distintas oficinas de la Administración Pública o instituciones sometidas al control de la Contraloría que no tienen o no tengan a su cargo defensa judicial, quedarán sujetos a la dependencia técnica de la Contraloría, cuya jurisdicción y resoluciones deben ser observadas por esos funcionarios. El Contralor dictará las normas del servicio necesarias para hacer expedita esta disposición.

[21] Aldunate (2005), p. 27.

tenga el carácter de una instrucción vinculante para el titular del órgano. Esto cobra especial importancia, atendido el hecho de que, en caso de que no se otorgue la información requerida por los concejales o se dificulte su labor fiscalizadora, será el respectivo alcalde o alcaldesa, el o la responsable de aquello, sobre quienes, como se señaló, la Contraloría no tiene potestad de instrucción.

Así las cosas, lo que debe quedar claro es que no existe mecanismo directo ni consecuencias para el caso que se incumpla con la legalidad que permite la labor de los concejales. Eventualmente, si los incumplimientos son repetidos y constantes en el tiempo, podría alegarse un eventual notable abandono de deberes ante el tribunal electoral correspondiente, judicaturas que son bastante exigentes para acoger este tipo de requerimientos, que en todo caso tienen una larga tramitación.

Por otro lado, otro de los medios posibles sería recurrir a los tribunales civiles en virtud del Principio de Inexcusabilidad, establecido en la Constitución Política de la República y en el *Código Orgánico de Tribunales*[22], a fin de que dicha judicatura se refiera a la eventual infracción de ley en caso de que un alcalde o alcaldesa impida la labor fiscalizadora de algún miembro del Concejo, para luego impartir la correspondiente instrucción en una sentencia definitiva. No obstante, en caso de no darse cumplimiento a dicha resolución judicial, lo único que podría realizar el tribunal es remitir los antecedentes al Ministerio Público para que investigue la eventual comisión del delito de desacato, contenido en el inciso segundo del artículo 240 del *Código de Procedimiento Civil*. En todo caso, cualquiera de los dos procedimientos se extendería por un plazo tan largo, que, incluso, podría superar el periodo del respectivo alcalde y concejal, sumado al hecho de que, en el evento de recurrir a los tribunales civiles, por la existencia de una actitud contumaz que se niegue a cumplir la resolución judicial, todo quedaría en manos del Ministerio Público y la realización de una eventual investigación y juicio penal, por parte de dicho órgano persecutor.

V. Mecanismos para hacer valer responsabilidad del alcalde

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, el nuestro no contempla ningún mecanismo, por parte de los concejos municipales, para hacer valer la responsabilidad de los alcaldes en caso de incumplimiento de la ley o, en lo que

[22] Dicho principio se encuentra consignado en el inciso segundo del artículo 76 de la Constitución Política de la República y en el inciso segundo del artículo 10 del *Código Orgánico de Tribunales*.

nos atañe, cuando impidan la labor fiscalizadora de los concejales. En el caso de Chile, la posibilidad de que un alcalde o alcaldesa sea sancionado o destituido, está dada por la tramitación de un proceso judicial ante el tribunal electoral respectivo. Dicho proceso en ningún caso es político, sino jurisdiccional, por lo que está sujeto estrictamente a la legalidad. Así, dicho proceso deriva de la infracción a la legalidad objetiva y que configura el ilícito particular de notable abandono de deberes[23].

Aun cuando en rigor, mediante el señalado proceso judicial podría hacerse valer la responsabilidad del alcalde en caso de que no acceda a los requerimientos de los concejales, toda vez que, como vimos a lo largo de estas líneas, es una obligación establecida por ley, lo cierto es que la jurisprudencia de la judicatura electoral ha sostenido que, para que opere la causal de notable abandono de deberes, los incumplimientos deben darse por negligencia inexcusable o proceder doloso. Así lo ha señalado el Primer Tribunal Electoral de la Región Metropolitana:

> "Existe notable abandono de deberes cuando, por negligencia inexcusable o proceder doloso, un alcalde no cumple con las obligaciones que le imponen la Constitución Política y las leyes, y de ello se sigue un inevitable perjuicio para los intereses de la comunidad o de la municipalidad respectiva. Los simples errores subsanables o el no cumplimiento oportuno de obligaciones, por razones ajenas o no imputables directamente a la autoridad alcaldicia no constituyen causas idóneas para fundar reproche o acusación por notable abandono de deberes, por lo que la facultad de este Tribunal se limita a establecer si concurre la causal invocada, excluyéndose la posibilidad de analizar y juzgar la administración de un órgano público como lo es una municipalidad"[24].

La doctrina se ha referido al notable abandono de deberes en términos similares. Para el constitucionalista Alejandro Silva Bascuñán, este se genera:

> "Cuando se producen circunstancias de suma gravedad que demuestran, por actos u omisiones la torcida intención, el inexplicable descuido o la sorprendente ineptitud con que la autoridad abandona sus deberes, olvidando o infringiendo los inherentes a la función pública"[25].

De esta manera, la doctrina igualmente se inclina por establecer un concepto restringido, en que las infracciones a la ley deben ser de suma gravedad para que este proceda.

---

[23] Zuñiga (2002), p. 256.

[24] Primer Tribunal Electoral de la Región Metropolitana (2001): Rol n.º 1113-2000.

[25] Silva (2000), p. 173.

Así las cosas, es posible observar que el único mecanismo que existe en nuestro ordenamiento, para hacer valer la responsabilidad de los alcaldes en caso de incumplimientos de la ley, no procedería en caso de que dichos ediles impidan la labor fiscalizadora de los concejales, toda vez que, tanto para la jurisprudencia electoral como la doctrina, la causal de notable abandono de deberes solo procede en casos de incumplimiento grave, en circunstancias especiales, entre los cuales no estarían los incumplimiento de los requerimientos hechos por los miembros del Concejo.

Por el contrario, la legislación española establece la denominada moción de censura, mecanismo mediante el cual los concejales pueden hacer valer la responsabilidad del alcalde y su consecuente destitución. Aquella institución, señalada en el artículo 197 de la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General, establece que dicha moción deberá ser presentada, a lo menos, por la mayoría de los concejales en ejercicio. Además, la ley española no exige fundamentar, de ninguna manera la solicitud. En todo caso, cada concejal no podrá presentar más que una moción de censura durante su respectivo mandato.

VI. Otras facultades de fiscalización presentes en otros ordenamientos

Como el objetivo del presente texto es analizar la potestad fiscalizadora de los concejales en nuestro ordenamiento, igualmente se hace necesario abordar algunas facultades de las cuales gozan los miembros de concejos municipales en otros ordenamientos, a fin de comparar ambas realidades. En ese sentido, llama la atención la legislación colombiana y ecuatoriana.

El ordenamiento colombiano otorga amplias facultades de fiscalización a los concejales, no solamente en tanto estos pueden solicitar la destitución de los funcionarios municipales que no acceden a sus requerimientos como lo vimos anteriormente, sino, también, porque sus facultades de fiscalización se extienden, incluso, a empresas del ámbito privado. La Ley n.° 1551 de 2012 incorporó la facultad del Concejo de citar a los representantes legales de empresas de servicios públicos, sean públicas o privadas, que operen en el respectivo municipio o distrito. El objetivo de esa citación es que resuelvan las inquietudes planteadas en relación con la prestación del respectivo servicio. En caso de que los referidos representantes no comparezcan, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios podrá iniciar una investigación administrativa, de oficio o a solicitud del concejo, que desemboque en las sanciones establecidas en la ley.

En el caso de Ecuador, si bien no estamos frente a una potestad fiscalizadora propiamente tal, sino de orden correctivo, lo cierto es que merece la

pena analizar la potestad que tienen los respectivos concejos de revisar las actuaciones del alcalde. En ese sentido, el numeral 45 del artículo 63 de Ley Orgánica de Régimen Municipal establece como atribución del concejo:

> "Conocer y resolver sobre las actuaciones del alcalde, cuando estas puedan afectar las disposiciones de la Constitución, de las leyes generales o de las disposiciones que con este carácter haya dictado el propio Concejo, o puedan comprometer de alguna manera la programación técnica por él aprobada.
>
> Los afectados con las resoluciones del Alcalde, para agotar la vía administrativa, podrán recurrir ante el respectivo Concejo Municipal para obtener la modificación o la insubsistencia de las mismas. En el caso de no interponer este recurso dentro del término de diez días, contado desde que se les comunicó la respectiva resolución, esta se considerará ejecutoriada".

Nuestro ordenamiento igualmente establece la posibilidad de revisar la legalidad de los actos, no solamente del alcalde(sa), sino de la municipalidad. Sin embargo, aquello se realiza a través de la interposición del reclamo de ilegalidad municipal establecido en el artículo 151 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades. El reclamo es conocido primeramente por el alcalde y, en caso de ser rechazado, puede recurrirse ante la Corte de Apelaciones respectiva.

VII. Conclusión

Las normas relativas a la potestad fiscalizadora de los concejales en nuestro ordenamiento jurídico adolecen de serias deficiencias. En primer lugar, la posibilidad de requerir información o de citar a funcionarios municipales, por parte de los miembros de los respectivos concejos municipales, paradójicamente depende de la voluntad del alcalde o alcaldesa cuya gestión se pretende fiscalizar. De esta manera, a diferencia de otros ordenamientos, los concejales no pueden realizar su labor de forma directa e independiente.

En segundo orden de cosas, no existe mecanismo de protección de la labor de los concejales ni tampoco para hacer valer la responsabilidad del alcalde o alcaldesa en caso de que estos incumplan la ley, imposibilitando la fiscalización de los concejales.

En nuestro sistema, prácticamente la única opción que tienen los miembros de los concejos municipales es recurrir a la Contraloría General de la República, órgano que no tiene la facultad de obligar a los alcaldes a cumplir con la ley ni tampoco de sancionarlos, cuestión que queda reservada a la judicatura

electoral a través del requerimiento de destitución de alcaldes por notable abandono de deberes. Sin embargo, los tribunales electorales han sido estrictos al momento de acoger dichos requerimientos, estableciendo que estos proceden en casos de incumplimientos graves de la legalidad, entre los cuales no estarían aquellos que se dan cuando los alcaldes hacen caso omiso a los requerimientos o imposibilitan la fiscalización de los miembros de sus concejos municipales.

Lo anterior, hace del todo necesario una reforma de la legislación municipal vigente en lo que atañe a la facultad de fiscalización de los concejales. Para aquello, resultaría útil observar la legislación comparada, algunas de las cuales abordamos en este trabajo y que contienen interesantes instituciones que refuerzan y hacen efectiva la potestad de fiscalización de los miembros de los concejos municipales.

Bibliografía

Aldunate, Eduardo (2005): "La evolución de la función de control de la Contraloría General de la República". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. xxvi. Disponible en www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewArticle/591 [fecha de consulta: 23 de diciembre de 2021].

Borrás, Diego (2018): *Estudio crítico de la potestad dictaminadora de la Contraloría General de la República*. Disponible en https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/168701 [fecha de consulta: 23 de diciembre de 2021].

Eyzaguirre, Jaime (1967): *Historia del derecho* (Santiago, Editorial Universitaria).

Fernández, José (2017): *Derecho municipal chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición actualizada).

Fundación Democracia y Gobierno Local (2011): "El estatuto de los representantes locales", en *Guía para la mejora de la calidad institucional y la eficacia de gobiernos locales*. Disponible en http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/handle/10873/1141 [fecha de consulta: 22 de diciembre de 2021].

Pantoja (2005).

Pantoja, Rolando (2010): "La inexplicable ausencia de una justicia administrativa en el Estado de Chile". *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado*, n.° 13 (Santiago). Disponible en https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2391/16.pdf [fecha de consulta: 23 de diciembre de 2021].

Silva Bascuñán, Alejandro (2000): *Tratado de derecho constitucional*, Tomo vi (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición).

Villagrán, Marcelo (2015): *Manual de derecho municipal* (Santiago, RIL Editores).

Zuñiga, Francisco (2002): "Jurisprudencia acerca del notable abandono de deberes de un alcalde". *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. xxiii.

Disponible en http://revistas.uach.cl/pdf/revider/v12n2/art20.pdf [fecha de consulta: 22 de diciembre de 2021].

Jurisprudencia

Contraloría General de la República (1993): Dictamen n.º 24.375 de 14 de septiembre de 1993.

Primer Tribunal Electoral de la Región Metropolitana (2001): Sentencia rol n.º 1113-2000, 30 de enero de 2001.

Legislación nacional

Constitución Política de la República de Chile (1980).

Decreto con fuerza de ley n.º 1 (2006): Ministerio del Interior, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley n.º 18695 Orgánica Constitucional de Municipalidades.

Decreto ley n.º 1289 (1976): "Ley Orgánica de Municipalidades", 14 de enero de 1976.

Ley n.º 20285 (2008): "Sobre acceso a la información pública", 20 de agosto de 2008.

Ley s/n (1891): "Lei sobre organización i atribuciones de las municipalidades", 24 de diciembre de 1891.

Ley n.º 11360 (1955): "Sobre Organización y Atribuciones de las Municipalidades", 14 de septiembre de 1955.

Legislación comparada

Constitución española (1978). Disponible en www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con [fecha de consulta: 20 de noviembre de 2021].

Constitución Política de Colombia (1991). Disponible en www.secretariasenado.gov.co/index.php/constitucion-politica [fecha de consulta: 20 de noviembre de 2021].

Ley 1551 de 2012, "Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios" (Colombia). Disponible en www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=48267 [fecha de consulta: 17 de octubre de 2021].

Ley de Régimen Municipal de 15 de octubre de 1971 (Ecuador). Disponible en https://pdba.georgetown.edu/Decen/Ecuador/leymunicip.htm [fecha de consulta: 17 de octubre de 2021].

Real decreto 2568/1986, de 28 de noviembre de 1986, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales. España. Disponible en www.boe.es/eli/es/rd/1986/11/28/2568/con [fecha de consulta: 17 de octubre de 2021].

Artículos de prensa

El Mostrador (2021): "Chile transparente por corrupción en municipios del sector oriente: 'Es una olla que tenía que explotar' ". Disponible en www.elmostrador.cl/noticias/pais/2021/09/06/chile-transparente-por-corrupcion-en-municipios-del-sector-oriente-es-una-olla-de-presion-que-tenia-que-explotar/ [fecha de consulta: 23 de diciembre de 2021].

Biobiochile (2017): "Polémica en Maipú: Acusan que Cathy Barriga apagó micrófono de concejala en plena sesión". Disponible en www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-metropolitana/2017/05/10/polemica-en-maipu-acusan-que-cathy-barriga-apago-microfono-de-concejala-en-plena-sesion.shtml [fecha de consulta: 23 de diciembre de 2021].

Otros documentos

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2018): "Historia de la Ley 19.130". Disponible en www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/7129/HLD_7129_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf [fecha de consulta: 23/12/2021].

Concertación de Partidos por la Democracia (1989): Programa de gobierno Patricio Aylwin. Disponible en www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-61814.html [fecha de consulta: 23/12/2021].

FINANZAS ABIERTAS Y WEB SCRAPPING

OPEN FINANCE AND WEB SCRAPING

Tomás Pintor Willcock[*]
Francisco Larraín Steib[**]

RESUMEN: La prestación de servicios financieros por medios tecnológicos ha experimentado un aumento exponencial. En este contexto, se han detectado barreras de entrada al mercado financiero para tales prestadores, como el control de la información financiera de los clientes. De aquí nacen las finanzas abiertas, que con el consentimiento de las personas permiten que estas entidades tengan acceso a tal información. A pesar de que no existe regulación, operan *de facto* en Chile, ocasionando algunos conflictos y a través del uso de herramientas como el *web scrapping*, que algunos catalogan como riesgosa. ¿Es esto realmente así?

PALABRAS CLAVES: Fintech, Banca Abierta, Finanzas Abiertas.

ABSTRACT: The provision of financial services by technological means has experienced an exponential increase. In this context, entry barriers for the financial market have been detected for such providers, like the control of

[*] Candidato a MBA en la Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile y abogado de la Universidad de los Andes, dedicado a temas de mercado de capitales y tecnología financiera. Actualmente asesor de la Coordinación de Mercado de Capitales del Ministerio de Hacienda, anteriormente abogado asociado de Barros y Errazuriz Abogados y de Honorato Delaveau y Cia.

[**] Economista dedicado a temas de libre competencia y políticas públicas. Excoordinador de Mercado de Capitales del Ministerio de Hacienda y economista en F&K Economics.Magíster en Economía con mención en Organización Industrial de la Pontificia Universidad Católica de Chile y egresado de Ingeniería Comercial de la misma casa de estudios.

customers' financial information. This is where Open Finance is born, which with the consent of clients allow these entities to have access to such information. Although there is no regulation, Open Finance operates anyway in Chile, causing some conflicts and using tools such as *web scrapping*, which some people classify as risky. ¿Is this really so?

Keywords: Fintech Open Banking, Open Finance, web scrapping, screen scrapping, API.

Hace algunos años que la prestación de servicios financieros por medios tecnológicos ha experimentado un aumento exponencial, ofreciendo nuevas opciones de productos, servicios, modelos y actores a clientes del sector financiero. En Chile, el número de empresas Fintech crece a un ritmo de 38 % anual[1].

Es en el contexto del surgimiento de estos nuevos actores que se ha detectado la presencia de barreras de entrada al mercado financiero, que benefician a los actuales actores y perjudican a los desafiantes. Dentro de estas se encuentran barreras estructurales, regulatorias y conductuales[2], tomando mayor relevancia, para los efectos de este artículo, aquellas que tienen relación con el control de la información financiera de los clientes, la cual, al estar concentrada en actores financieros tradicionales, genera una desventaja para los potenciales entrantes, que no pueden evaluar a dichos clientes ni ofrecerles productos a la medida de sus riesgos, historial crediticio o comportamiento de pagos.

Si bien se podría afirmar que la información recopilada por las instituciones financieras tradicionales corresponde a un activo de propiedad de tales instituciones, fruto del esfuerzo de años prestando servicios a personas y empresas, es dable señalar que tal afirmación tiene como límite la propiedad que las personas tienen sobre su información financiera. Es sobre la base de este principio que se erigen los sistemas o arquitecturas de banca abierta, finanzas abiertas o datos abiertos, correspondiendo darle una u otra calidad en atención a la amplitud de información e instituciones a los que estos aplican. De esta manera, un sistema de banca abierta aplicaría sobre la información bancaria de los clientes y, por ende, sobre instituciones bancarias, en contraste con un sistema de finanzas abiertas el cual, con una amplitud mayor, aplicaría sobre la información que instituciones financieras como compañías de seguro, corredoras de bolsa o administradores de fondos, tienen respecto a sus clientes.

[1] Ministerio de Hacienda de Chile (2021), p. 96.
[2] Montoya, Celedón y Novoa (2022), pp. 5-7.

Qué es un sistema de finanzas abiertas

Un sistema de finanzas abiertas tiene por objetivo permitir que la información financiera de los clientes pueda migrar desde una institución financiera a otra, siempre y cuando se cuente con el consentimiento informado de los clientes. Estos sistemas contemplan reglas y estándares para un intercambio de información ágil (usualmente a través de interfaces de programación de aplicaciones o API por su sigla en inglés) y con los debidos resguardos en materia de seguridad y autenticación, entre otros.

De esta manera, las finanzas abiertas fomentarían un mayor acceso de los clientes financieros a las soluciones ofrecidas por modelos de negocios digitales. Dentro de los beneficios que representan estas entidades se encuentran una intensa utilización de tecnologías, lo cual muchas veces se traduce en una disminución de costos y, por tanto, de precios, y en la prestación de servicios más eficientes y seguros. Dicha disminución en costos y las nuevas herramientas que tiene la tecnología le permiten a las Fintech atender a segmentos de la población que no acceden a servicios financieros tradicionales. En efecto, un 58 % de las Fintech en Chile declara tener entre sus clientes personas o empresas no bancarizadas o subbancarizadas[3], cifra que se eleva al 70 % cuando al enfocarse en Fintech que otorgan financiamiento[4]. Finalmente la utilización de tecnología también les permitiría estructurar nuevos productos que se adecuan de manera más precisa a las necesidades de los clientes financieros. En definitiva, las Fintech potenciadas por un sistema de finanzas abiertas aportan con menores precios, mayor inclusión financiera y mayor innovación.

Si bien estos beneficios son prometedores para la industria financiera, es de la esencia de estos sistemas o arquitecturas abiertas que los clientes presten un consentimiento informado, con una finalidad y una temporalidad determinada; que contemplen métodos de autenticación que permitan acreditar la identidad del cliente y que los sistemas a través de los cuales la información fluye resguarden la seguridad de la información transmitida.

Características de un sistema de finanzas abiertas

Si bien las condiciones más relevantes de estos sistemas ya fueron expuestas, hay una serie de atributos que aparecen como alternativas de política pública y cuyas consecuencias pueden ser determinantes al momento de implementarlo[5].

[3] Ministerio de Hacienda de Chile (2021), p. 102.
[4] *Op. cit.*, p. 106.
[5] *Op. cit.*, capitulo 6.

Obligatoriedad
(Sistemas autorregulados vs, sistemas obligatorios)

Debe determinarse si los actores de la industria pueden desarrollar un sistema de estas características de común acuerdo o si es necesario que la autoridad regule e impulse un sistema.

Instituciones participantes

La amplitud del espectro de instituciones participantes debe determinarse. ¿Participan solo bancos de mayor tamaño o todas las instituciones bancarias?, ¿se incluye a otras instituciones financieras? Asimismo, podría diseñarse un sistema obligatorio para todas las instituciones o un sistema obligatorio solo para instituciones que concentran una mayor cantidad de información financiera.

Tipos de datos

Este punto puede tener una relevancia vital a la hora de medir los impactos del sistema, debido a que, dependiendo del modelo de negocio digital, el tipo de información que se comparta resultará esencial para su existencia y desarrollo. Al respecto, la información personal del cliente, utilizada para hacer el *onboarding* y cumplir con los procedimientos de KYC de las instituciones financieras puede dar lugar a una solución tecnológica que haga este proceso más eficiente y expedito. Por su parte, la información transaccional de las cuentas corrientes y tarjetas de las personas, puede dar lugar a soluciones de administración de finanzas personales o de crédito. A mayor abundamiento, en la definición del tipo de información a compartir, pueden surgir controversias respecto, por ejemplo, a las cotizaciones o simulaciones de productos o servicios financieros. ¿Esa información es de propiedad del cliente? ¿Es deseable que un cliente pueda exigir que una institución financiera le entregue a otra una simulación respecto a las condiciones comerciales de un determinado producto financiero?

Productos y servicios financieros

La determinación de los productos y servicios financieros respecto de los cuales se permitiría compartir la información también resulta relevante. De esta manera, un sistema de finanzas abiertas circunscrito a cuentas corrientes podría tener un impacto más limitado que aquel sistema que contemple, además, productos de ahorro e inversión o seguros, entre otros.

Proveedores de servicios de iniciación de pagos

Los objetivos de un sistema de finanzas abiertas expuestos en este artículo se pueden entender de manera más intuitiva cuando la información financiera de los clientes es utilizada por proveedores de servicios financieros que, una vez procesada la información, ofrecerán distintos productos o servicios a los mismos. Sin embargo, existe otro tipo de instituciones que utilizan las mismas API, conforme a las mismas reglas y estándares, pero no para únicamente acceder a la información financiera de los clientes, sino que para ejecutar acciones desde las cuentas de sus clientes, específicamente, realizar operaciones de pago. Con el consentimiento del cliente, estas instituciones denominadas iniciadores de pago permiten efectuar pagos en comercios a través de transferencia electrónicas de fondo. Estas instituciones tienen el potencial de introducir competencia en el mercado de los medios de pago, con sus consecuentes beneficios, como, asimismo, de contribuir de manera efectiva en la inclusión financiera, la reducción de la utilización del efectivo y un mayor uso de medios de pago digitales[6].

Mecanismo de intercambio de información

Es importante determinar si las herramientas a través de las cuales se comunicará la información (API) deben cumplir con determinados estándares aplicables de manera obligatoria para todas las instituciones participantes o, por el contrario, si cada actor podrá desarrollar tantas soluciones tecnológicas como participantes del sistema.

Estándares de seguridad de la información

En atención a la relevancia del tipo de información que fluye a través de estos sistemas, es importante contar con estándares de ciberseguridad que resguarden dicha información respecto a su divulgación, modificación no autorizada, interrupciones no autorizadas, entre otros.

Mecanismos de autenticación

Otro asunto a abordar es la determinación de estándares que permitan reforzar la correcta autenticación o verificación de la identidad del cliente, pudiendo la autoridad exigir mecanismos de autenticación digital con determinados estándares, como podrían ser los exigidos en materia financiera o en materia

[6] Montoya, Celedón y Novoa (2021), p 15.

de tramitación pública o, por el contrario, si debiese quedar al arbitrio de los acuerdos bilaterales que celebren los incumbentes.

Consentimiento del cliente

De manera similar al punto anterior podría optarse por definir estándares de consentimiento calificado, entendiendo por tal que, por ejemplo, se establezcan obligaciones de información en términos de finalidad, temporalidad o revocación al momento de otorgar el consentimiento o, por el contrario, si se prescinde de ellos. Asimismo, podría exigirse una calificación de un consentimiento libre, informado, expreso y específico.

Cobros y criterios de distribución de costos

El desarrollo de API, su mantención y operación diaria, pueden estar sujeta a distintos costos para las instituciones. Desde un punto de vista de eficiencia en la asignación de recursos, sería razonable pensar en la existencia de un cobro variable por el flujo de información, que refleje los costos marginales de quien incurre en dicho costo. No obstante, la asimetría de información que origina el problema que busca solucionar un sistema de finanzas abiertas, genera un riesgo relevante de que las instituciones que concentran la información de clientes establezcan cobros superiores al costo marginal, dificultando la entrada de nuevos actores. Por su parte, desde el punto de vista del consumidor, parece razonable que esté incluido dentro del servicio que paga, la entrega de información que es de su propiedad, como ocurre en la actualidad respecto de la entrega de cartolas y estados de cuenta.

Gradualidad en implementación

Finalmente, en caso de diseñarse un sistema de finanzas abiertas impulsado por parte de la autoridad, un cambio de arquitectura financiera de esta envergadura podría contemplar una implementación gradual, sobre la base de fases según la complejidad de la implementación del sistema, distinguiendo entre tipos de instituciones, tipos de datos o ambos a compartir.

Situación actual de las finanzas abiertas

En aquellas jurisdicciones en las que no se han desarrollado sistemas o arquitecturas abiertas, como en Chile, los prestadores de servicios financieros digitales han seguido buscando formas de prestar sus servicios de manera satis-

factoria y competir con las instituciones tradicionales. Para estos efectos, han desarrollado tecnologías que les permitan acceder a la información de potenciales clientes, dentro de los cuales destacan la captura de datos digital, internacionalmente conocido como *web scrapping* o *screen scrapping*. Esta tecnología consiste en el desarrollo de *software* que recopilan información mediante *bots* desde los mismos sitios web de las instituciones financieras tradicionales.

La tecnología de *web scrapping* ha demostrado ser útil a la hora de recopilar información y es ampliamente utilizada en industrias como el *retail*, los servicios empresariales, el *e-commerce* y el sector Fintech. Entre sus principales ventajas destaca la versatilidad y flexibilidad para su implementación, pudiendo modificar los parámetros de búsqueda, recopilar nuevos datos y adaptarse fácilmente a cambios.

Por otra parte, hay quienes sostienen que esta tecnología utilizada para la prestación de servicios Fintech trae consigo potenciales riesgos, pues requiere –para los casos en que se busca acceder a información privada– que los clientes entreguen sus contraseñas a las empresas que realizan el *web scrapping*, y que, además, estaría sujeta a imprecisiones propias de la recolección de información en formatos no estandarizados y cuya disponibilidad está finalmente sujeta a los cambios que determine la institución financiera que concentra la información.

Si bien esta tecnología ha logrado el objetivo de que los nuevos desafiantes obtengan información de los clientes para ofrecerles mejores productos y servicios, los riesgos antes mencionados generan una controversia sobre la idoneidad de la técnica.

Conflictos en Chile

Como señalábamos, los beneficios de un sistema de finanzas abiertas profundo hacen deseable avanzar en dicha dirección, no obstante, debe advertirse que ya existe una operación *de facto* de empresas de finanzas abiertas, la mayor de las veces mediante la obtención de la información financiera de las personas por medio de *web scrapping*.

Naturalmente, sin la existencia de reglas claras, ya sea a través de normas regulatorias o de disposiciones de contratos bilaterales, la interacción entre dos instituciones para la obtención de la información que una detenta por sobre la otra, es un escenario propicio para conflictos que probablemente se resolverán en atención a la posición favorable que una institución tenga, ya sea en términos de recursos o de posesión de la información.

En términos concretos, existen instituciones financieras que, con el objetivo de minimizar los fraudes y las vulneraciones a sus sistemas, cuentan

con mecanismos o *software* que limitan las posibilidades de acceso a *bots* que solicitan información a su sitio web. Estas limitaciones han tenido serias consecuencias para ciertos servicios basados en el *web scrapping*, llegando, incluso, a imposibilitarles el acceso a ciertas instituciones financieras. Tales practicas han desencadenado conflictos que en ocasiones han sido solucionados mediante la suscripción de acuerdos bilaterales[7] o, derechamente, han terminado en tribunales sin una solución concreta[8].

Un sistema de finanzas abiertas obligatorio es una solución de fondo a este problema, ya que obliga a las instituciones que concentran información a ponerla a disposición vía API, de manera segura y expedita, eliminando la necesidad de acceder a dicha información mediante *web scrapping*.

No obstante, esta solución da frutos en la medida que las API están operativas y solo para la información para la cual se diseñó dicha API. Por lo tanto, el *web scrapping* sigue siendo una tecnología potencialmente utilizable por las empresas para cuando las API tengan problemas de servicio o cuando se requiera información que no está disponible en ellas, ya sea porque está en proceso de desarrollo o porque una innovación requiere levantar información que no se consideró originalmente en su desarrollo.

Es en ese contexto que surge la duda de si un sistema de finanzas abiertas debe convivir con la tecnología del *web scrapping* o si este último debe ser llevado a su mínima expresión, ya sea por las fuerzas del mercado o por señales entregadas por los reguladores.

Un primer elemento para tomar dicha determinación es analizar si el *web scrapping* es efectivamente riesgoso, siendo la entrega de contraseñas privadas la principal desventaja esgrimida. Sin embargo, para sostener esta hipótesis de "mayor riesgo", el análisis debiese considerar al menos dos aristas:

1. ¿Cuál es el máximo perjuicio potencial que se le puede generar al cliente por una mala utilización de sus claves?
2. ¿Cuál es el riesgo para el sistema de una vulneración masiva de las contraseñas entregadas por los clientes?

Respecto de la primera pregunta, debe resaltarse que estamos frente a un escenario en el que las claves fueron almacenadas por el proveedor, posteriormente sustraídas por el infractor y utilizadas en su provecho. Además, es probable que los riesgos puedan verse atenuados por la existencia de resguar-

[7] Véase www.df.cl/mercados/banca-fintech/bancoestado-comienza-a-destrabar-el-conflicto-con-la-industria-fintech-y

[8] Véase www.df.cl/bancoestado-consigue-victoria-en-disputa-con-khipu-ante-la-corte-suprema#:~:text=20%DCto-,BancoEstado%20consigue%20victoria%20en%20disputa%20con%20Khipu%20ante%20la%20Corte,%2C%20para%20as%C3%AD%20beneficiarse%20indebidamente%E2%80%9D

dos adicionales como claves 2.0 y 3.0, límites en el monto de transferencias, sistemas de detección de fraudes provistos por marcas y operadores de tarjeta, etcétera.

En cuanto a la segunda pregunta, pareciera ser que el daño potencial es mayor, debido a la posible lesión a la fe pública y eventuales interrupciones a la continuidad del servicio generadas por dicha vulneración.

Un segundo elemento a considerar es la comparación de dicha tecnología con otras similares, como los navegadores web, los cuales son usados por prácticamente toda la población con acceso a internet y en los que se introducen –y eventualmente se almacenan– las contraseñas para realizar cualquier tipo de transacción financiera. ¿Es razonable permitir el intercambio de claves al usar navegadores y no para el *web scrapping*? Dicha distinción requiere de una argumentación fundada y coherente.

Finalmente, si bien parece evidente la superioridad en términos de seguridad, escalabilidad y experiencia del cliente de las API, se mantiene abierta la pregunta de si dicha tecnología debe reemplazar íntegramente el *web scrapping* o este puede seguir siendo utilizado por las empresas al menos en una primera etapa de implementación de las finanzas abiertas, por cuanto en términos de costos y eficiencia tecnológica, el intercambio de información debería migrar hacia la utilización de API.

Análisis internacional del *Scrapping*

Canadá

El Ministerio de Finanzas de Canadá encargó la elaboración de un informe de banca abierta a un comité consultivo[9], el cual se construye sobre la base de la necesidad de establecer reglas para la implementación de un sistema de banca abierta con el fin de evitar la práctica del *screen scrapping*, la cual es señalada de manera categórica como una práctica que trae consigo riesgos en materia de seguridad y responsabilidad, por el hecho de requerir que las credenciales bancarias de acceso sean compartidas con terceros[10].

Australia

El senado australiano designó un comité de tecnología financiera y tecnología regulatoria, integrada por miembros de dicho Senado, con el objetivo de

[9] Advisory Committee on Open Banking (2021).

[10] Final Report Advisory Committee on Open Banking (2021).

revisar que las condiciones de la industria Fintech y de la regulación de dicho país permita aumentar la competencia, productividad, ofrezca soluciones tecnológicas para asistir a los clientes, crear trabajos y también permitir la exportación de oportunidades. Es en este contexto que un extenso informe da cuenta de la recepción de una gran cantidad de instituciones y actores incumbentes del sector financiero, los cuales discutieron como uno de los aspectos, el futuro del *screen scrapping* y otras alternativas para compartir datos.

Después de dar cuenta de las distintas audiencias en la que expusieron defensores y detractores de la tecnología en cuestión, el comité concluyó:

i) que no encontró evidencia de daños a consumidores como resultado de esta práctica;
ii) que el sistema de banca abierta requerirá de un tiempo para alcanzar el nivel calidad de data que se obtiene a través del *screen scrapping*;
iii) que no es prudente limitar actualmente el *screen scrapping*, por cuanto permite a muchas compañías innovar y competir con el sector financiero[11].

Conclusión

La regulación de un sistema de finanzas abiertas permitirá que el intercambio de información aumente de manera segura y tiene el potencial de incorporar más competencia, inclusión e innovación en el mercado financiero. Asimismo, su implementación generará un reemplazo gradual de la técnica *web scrapping* por la creación de API.

El alcance de dicho reemplazo, y una eventual posición de las autoridades al respecto, son aspectos que permanecen abiertos y cuya definición no es obvia. El riesgo de daño a consumidores y al sistema, la coherencia respecto de la regulación de tecnologías similares, la utilización del *web scrapping* como mecanismo de respaldo, y su potencial agilidad para acceder a datos no disponibles vía API, son elementos que se deberán considerar.

La respuesta no es clara, prueba de ello son las conclusiones opuestas a las que llegaron comisiones de expertos de países desarrollados, con sistemas financieros profundos, como Australia y Canadá.

No obstante, la discusión está lejos de ser zanjada y no parece razonable prohibir, *a priori*, una tecnología como el *web scrapping* en el sector financiero, consentida libremente entre las partes, y que en la actualidad da lugar a una gran variedad de productos y servicios financieros.

[11] Select Committee on Financial Technology and Regulatory Technology (2020).

Bibliografía

Advisory Committee on Open Banking (2021): Disponible en www.canada.ca/en/department-finance/news/2021/08/government-welcomes-final-report-from-advisory-committee-on-open-banking.html

Final Report Advisory Committee on Open Banking (2021): Disponible en www.canada.ca/content/dam/fin/consultations/2021/acob-ccsbo-eng.pdf

Ministerio de Hacienda de Chile (2021): *Lineamientos para el desarrollo de un marco de finanzas abiertas en Chile*, agosto.

Montoya Ana María, Rosario Celedón y Valentina Novoa (2022): Finanzas abiertas y acceso a Infraestructura Financiera: Políticas Públicas para promover la innovación, competencia e inclusión financiera en América Latina. Disponible en https://centrocompetencia.com/celedon-montoya-novoa-finanzas-abiertas-y-acceso-a-infraestructura-financiera/

Select Committee on Financial Technology and Regulatory Technology (2020): Disponible en https://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/download/committees/reportsen/024366/toc_pdf/SelectCommitteeonFinancialTechnologyandRegulatoryTechnology.pdf;fileType=application%2Fpdf

ÍNDICE
REVISTA DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO
AÑO X - N.° 20 - ABRIL DE 2022

Revista del Centro de Justicia Constitucional
ISSN 0719-2959
www.derechoiberoamericano.cl

Estudios

Problemas del constitucionalismo

Patricia Santos Rodríguez: De los derechos de las mujeres al feminismo constitucional. Análisis crítico a través del derecho comparado
Valentina Verbal: La modernidad en disputa. La temprana ruta chilena al constitucionalismo (1823-1833)
Gonzalo Carrasco Astudillo: Algunos riesgos de la legitimación del derecho por vía del consenso y el procedimiento
Alejandro Lagos Torres: ¿Puede una Constitución modificarse tácitamente? Análisis comparado al problema de la modificación tácita de la Constitución y la jerarquía normativa de los tratados en Chile

Una crítica a la Ilustración

Juan Fernando Segovia: Immanuel Kant, la Ilustración, el individuo y el Estado. Examen y crítica

Comentarios de jurisprudencia

Luis Alejandro Silva Irarrázaval - Gustavo Adolfo Díaz Sáez: Jueces haciendo política: La redefinición del concepto de 'ciudadanía'. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema Casilla con Junji, rol 43.005-2017 del 18 de abril de 20181
Rodrigo Céspedes: Contribuciones de guerra durante la ocupación de Tacna: El caso Vargas (1907)

Recensiones

Juan Fernando Segovia: *The Russian Revolution as ideal and practice. Failures, legacies and the future of revolution*, Cham, *Palgrave MacMillan* de Telios Thomas, Dieter Thomä & Ulrich Schmid (eds.)
Juan Fernando Segovia: *¡Subversión! Conversaciones con Srećko Horvat*, de Alfie Bown
Juan Fernando Segovia: *Crisis civilizatoria. Experiencias de los gobiernos progresistas y debates en la izquierda latinoamericana*, de Edgardo Lander
Juan Fernando Segovia: *The new despotism*, de John Keane

Instrucciones para los autores

ÍNDICE
REVISTA *IUS PUBLICUM*
N.º 48/ MARZO 2022
ESCUELA DE DERECHO
UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

Hector H. Hernández: *El derecho natural a la participación política hacia otro sistema*
Carlos Manuel Romero Berdullas: *Dos respuestas más a malum passionis, pero desde los fundamentos*
Pablo Alarcón Jaña: *El principio de subsidiariedad y el rol del juez administrativo*
Carlos G. Arnossi: *Justicia, misericordia, caridad y penas jurídicas según el Papa Francisco*
Eduardo Soto Kloss: *Responsabilidad del Estado/Administración y Servicios de Salud (un recuerdo jurisprudencial del bienio 2020-2021)*

In Memoriam

Carlos M. Romero Berdullas: *Héctor H. Hernández (12.10.2021)*
Sergio R. Castaño: *Héctor H. Hernández (1943-2021)*

Crónica

Reflexiones tomistas: Esther Gómez de Pedro. *Reflexiones éticas*: Catalina Siles, Alonso Gracián, Juan Manuel de Prada, Germán Masserdotti, Ernesto Juliá, Eduardo Andrades Rivas, Jesús Ginés Ortega

Documentos

Magisterio pontificio: Papa Francisco. Audiencia general (23 de febrero de 2022). Audiencia general (24 de noviembre de 2021). Audiencia General (15 de diciembre de 2021). Audiencia General (13 de octubre de 2021). Audiencia general (25 de agosto de 2021). Benedicto XVI. Audiencia general (3 de mayo de 2006). Magisterio Episcopal: El triunfo de los mártires, Homilía en la solemnidad de Cristo Rey del Universo, Obispo de Alcalá de Henares.

Cementerio de los Mártires de Paracuellos (22 de noviembre de 2020) (Juan Antonio Reig Pla). Las teorías e ideologías críticas de hoy son profundamente ateas, Monseñor José Horacio Gómez, Arzobispo de Los Ángeles y Presidente de la Conferencia Episcopal de Estados Unidos de América. Dios, fuente y razón de toda justicia (Mons. Luis Urbanc, Obispo de Catamarca/Argentina). Varia: Inmanentismo vital y humo de Satanás (Alonso de Gracián). El Venerable Pío XII, Se ha cumplido 70 años del primer mensaje de Pascua televisado de un Papa. Era mentira: no encuentran ningún cuerpo enterrado en las escuelas residenciales en Canadá (Pablo Muñoz Iturrieta). La escolástica y el matrimonio (Pedro Trevijano Etcheverria)

Actualidades

I. Chile
II. Aborto
III. Género

Jurisprudencia

Corte Suprema. 23.9.2021. Cordones Quintana y otros c/Servicio de Salud de Coquimbo (Negligencias médicas en atención de parto-omisión de la debida prestación/falta de servicio-daño en recién nacido en las condiciones normales de vida-responsabilidad de derecho público)
Corte Suprema. 25.10.2021. Gutiérrez Palma y otros con Fisco/Servicio Nacional de Menores (Suicidio interno – omisión de la debida vigilancia/falta de servicio – daño moral)
Corte Suprema. 27.9.2021. Inmobiliaria del Puerto SpA c/Municipalidad de Valparaíso (Nulidad de derecho público – certificado secretario municipal/título ejecutivo – rechazada) (Comentario de Eduardo Soto Kloss)

Recensiones y reseñas bibliográficas

Recensiones
Reseña de libros
Ediciones *Ius Publicum*

ACTUALIDAD JURÍDICA

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 Un año Dos 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